

**AUTORIDADE JUDICIAL  
TERCEIRA VARA CRIMINAL  
CANOAS/RS**

**Processo n:** 008/21100080417;

**Objeto:** defesa preliminar – art. 55, §1º, Lei 11343/2006

**ALEXANDRE THOMAZ**, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, por seus procuradores, atuando em **ADVOCACIA VOLUNTÁRIA**, respeitosamente, nos moldes do art. 55, §1º, da Lei 11343/2006, apresentar sua **DEFESA PRELIMINAR**, com os fatos e fundamentos que passa a expor:

*"de la piel para dentro empieza mi exclusiva jurisdicción. Elijo yo aquello que puede o no cruzar esa frontera. Soy un estado soberano, y la lindes de mi piel me resultan mucho más sagradas que los confines políticos de cualquier país."*

Anônimo *apud* Escohotado, Aprendiendo de las drogas, p. 7.

## **I. ACERCA DA DEFESA E DOS DEFENSORES – “DEFESA MANIFESTO”**

1. Os defensores signatários deste articulado foram procurados por Alexandre Thomaz em razão da vinculação que possuem com o movimento antiproibicionista brasileiro. Isso porque, partindo dos objetos de pesquisa e das construções teóricas que redundaram em inúmeros artigos acadêmicos, livros, encontros, palestras e diálogos sobre o assunto<sup>1</sup>, e chegando à práxis, os defensores

---

<sup>1</sup> Em razão disso, as análises acerca dos custos do proibicionismo citadas nesta peça não serão referenciadas, pois todas extraídas das seguintes obras, de autoria dos defensores signatários: CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático. RJ: Lumen Juris, 2010.

consideram-se militantes da causa antiproibicionista e de seu objetivo primordial: a paz, ou seja, o fim da guerra às drogas, e a conseqüente busca de políticas mais inteligentes e efetivas do que a atualmente adotada, responsável por incríveis custos do ponto de vista da segurança pública.

2. Nesse contexto, os defensores têm contribuído sempre que possível à desconstrução da *war on drugs*, tanto acadêmica e politicamente, quanto no palco judicial, impetrando, por exemplo, os três *Habeas Corpus*<sup>2</sup> vitoriosos, que garantiram a liberdade de expressão e a realização das Marchas da Maconha em Porto Alegre, nos anos de 2008, 2009 e 2010 (em brilhantes decisões da juíza Laura de Borba Maciel Fleck e dos Desembargadores Mario Rocha Lopes Filho e Nereu Giacomolli). No ano de 2011, tendo em vista a consolidação da posição jurisprudencial – de que a liberdade de expressão não pode ser considerada o delito (inconstitucional) de apologia às drogas -, bem como em razão da decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF 187 – que declarou constitucional o ato, em ação proposta pelo Ministério Público Federal -, não foi necessário impetrar o *writ*, tendo a manifestação ocorrido sem qualquer incidente.

3. Por tais motivos, os defensores aceitaram prontamente o múnus de defender **voluntariamente** a causa de Alexandre Thomaz, e, reflexamente, a causa de todos aqueles que sofrem com a equivocada política proibicionista.

4. O objetivo é produzir espécie de defesa-manifesto, retomando a verve da militância jurídica, de maneira a aproveitar a *chance* proporcionada por este caso paradigmático, em busca de um "*juiz Magnaud*", disposto a ultrapassar a exegese burocrática e o paleopositivismo, ou seja, disposto a mirar a complexidade do caso em análise a partir de lentes radicalmente democráticas. Trata-se de politizar – no bom sentido – o debate, superando o mito da dicotomia entre direito e política (criminal) – de maneira a contribuir para uma das lutas mais importantes do século XXI: a busca pela desconstrução dos preconceitos e mitos proibicionistas e por uma nova política

---

MAYORA, Marcelo. Entre a cultura do controle e o controle cultural: um estudo sobre práticas tóxicas na cidade de Porto Alegre. RJ: Lumen Juris, 2011.

<sup>2</sup> Também foram impetrantes do *Habeas Corpus* as advogadas Mariana Garcia e Mariana Weigert.

de drogas, não mais fundada no paradigma bélico de inspiração norte-americana, cujo evidente fracasso é consensual entre os estudiosos do tema.

5. Por tais motivos, a defesa conta com o apoio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Instituto de Criminologia e Alteridade e de diversos coletivos antiproibicionistas do Brasil.

## **II. SÍNTESE DO DRAMA E DE SUA INCLUSÃO SIMPLIFICADORA NO CÓDIGO CRIME-PENA (OU, SÍNTESE DA DENÚNCIA)**

6. No ano de 2002, o réu – em realidade, mais uma vítima da equivocada e estúpida política de “guerras às drogas” - foi acometido de um câncer, especificamente de neoplasma maligno (linfoma), conforme diagnóstico do médico oncologista (doc. 1). Ato contínuo, após as intervenções cirúrgicas pertinentes, iniciou a quimio e a radioterapia, tendo sido realizadas diversas sessões do tratamento (doc. 2).

7. Desnecessário salientar, por evidente, os enormes efeitos colaterais gerados por esse tipo de procedimento, motivo pelo qual, em dado momento, o réu não tinha mais forças para suportá-lo. Com extrema dificuldade de continuar a luta contra a doença, Alexandre Thomaz procurou também tratamento psiquiátrico. O psiquiatra que lhe atendeu, em acordo com a filosofia da psiquiatria contemporânea – medicalização da existência – logo lhe receitou um medicamento, que não obstante ser uma droga que gera estados alterados de consciência – bastante mais fortes que os da maconha – não é rotulado como droga, mas como psicofármaco. Apesar de não ser chamado de droga, é droga, e pesada. O medicamento receitado foi o “Tranquinol” (doc. 3). O Tranquinol é um ansiolítico, tranqüilizante de alta potência, que possui também ótimo efeito sedativo, de modo que pode auxiliar no sono. Seus efeitos duram 12h e os efeitos colaterais são bastante relevantes, pois seu uso pode gerar sensação de tontura e vertigem. Além disso, a droga – psicofármaco vencedor, que não foi demonizado e taxado de ilícito – também gera dependência física, de maneira que na

abstinência o consumidor pode sentir irritabilidade, insônia, tonteadas, enjôo, dores de cabeça, cansaço e dores musculares.

8. O remédio receitado pelo psiquiatra, no entanto, não ajudou Alexandre Thomaz, pois acabou somando mais química ao já potente tratamento rádio e quimioterápico pelo qual estava passando. Nesse contexto, orientado por médicos oncologistas - que possuem o dever primordial de salvar vidas - Alexandre tomou conhecimento da possibilidade de utilizar a *cannabis* como forma de diminuir sensivelmente os efeitos colaterais decorrentes de tal tratamento. Tomou conhecimento, em verdade, daquilo que hoje é mundialmente aplicado em países que não seguem o *fundamentalismo anti-certas-drogas* (tendo em vista que algumas drogas, como o álcool, são louvadas em comerciais no horário nobre, estrelados pelo treinador da seleção brasileira e por variado cardápio de artistas decadentes). Ou seja, países que não deixam que preconceitos e visões absolutamente ultrapassadas obstaculizem a verdadeira busca pela saúde pública, que só pode ser fundada no objetivo primordial de diminuir o sofrimento. Nesse sentido, vale salientar que diversos países, como Israel, por exemplo, possuem **programas estatais de distribuição de maconha** para casos semelhantes ao de Alexandre Thomaz, sujeito vitorioso que, nesse palco, é taxado de réu.

9. O réu nada mais fez, em verdade, do que exercer o direito fundamental de dispor do próprio corpo, de cuidar da sua saúde da forma que melhor lhe aprouver, de consumir o que bem entender, enfim, de exercer a autonomia pessoal e a liberdade, que deveriam ser garantidas no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Um Estado que pretenda regular os hábitos da população será sempre um Estado autoritário. O sujeito tem o direito de se autolesionar (tatuagens e piercings), de se arriscar (automobilismo), de lutar ferozmente até fazer o adversário desmaiar (lutas de vale-tudo), de comer alimentos gordurosos que notadamente são perniciosos à saúde e, inclusive, de se suicidar: é evidente, portanto, que deve ter o direito de "autogestão farmacológica", ou seja, de poder gerir a si mesmo, de fazer as próprias escolhas, a partir de uma relação responsável com todas as substâncias que já existem e com as que ainda serão inventadas na face da Terra. O Estado não pode,

de forma alguma, confiscar tal direito, e nós não podemos nos contentar com tal confisco.<sup>3</sup> A ideia de saúde não pode estar centrada apenas nos conceitos da medicina estabelecida, mas deve abarcar também as formas da medicina alternativa, e, sobretudo, as opções personalíssimas do cidadão.

10. Após o diagnóstico do linfoma, Alexandre Thomaz resolveu mudar de vida e de hábitos. Foi viver em um sítio, onde passou a plantar seus alimentos, para alimentar-se de maneira orgânica. Além disso, passou a plantar a *cannabis*, de modo a sustentar a produção do seu *remédio* – que se mostrou bastante mais adequado que a droga prescrita pelo psiquiatra - sem necessitar comprar as substâncias adulteradas que são vendidas no mercado ilegal, por aqueles jovens pobres que acabam presos ou mortos rapidamente, os meros serviçais do narcotráfico que formam a massa da nossa população carcerária e das notícias do tipo “10 mortos em confronto com a polícia”, que sequer chocam nossa sociedade brutalizada: os mortos eram “traficantes”.<sup>4</sup>

11. Desta forma, com a ajuda da *cannabis*, suportou o tratamento químico e radioterápico, tendo obtido sucesso na luta contra o câncer. No entanto, nesse tipo de patologia não há cura completa (o tumor sempre pode retornar), motivo pelo qual Alexandre optou por manter os hábitos que salvaram sua vida.

12. No dia 13 de dezembro de 2009, a Polícia Militar, após **denúncia anônima**, ingressou no sítio de Alexandre, sem autorização judicial. Na ocasião, os Policiais Militares responsáveis pela **invasão** destruíram a residência do réu, conforme fotos de fls. 45/75, em atitude que extrapola qualquer nível de legitimidade da atividade policial no âmbito de Estado Democrático de Direito, mas infelizmente normal no estado de exceção que é a regra da política criminal de drogas – nesse sentido, basta referir os infelizmente comuns mandados de busca e apreensão coletivos, que autorizam a polícia a entrar em todas as casas de dado território pobre, o que é um descalabro inominável. Por tal motivo, o Delegado que presidiu o Inquérito indiciou os policiais militares pelo **delito de abuso de autoridade**,

---

<sup>3</sup> Conferir, por exemplo, Thomaz Szasz, *Nuestro Derecho a las Drogas*. Madrid: Editorial Anagrama, 2001.

entendendo que os policiais militares foram “truculentos”, tendo em vista que “sem ordem judicial, adentraram na casa provocando danos ao patrimônio do indiciado” (p. 17).

13. O Ministério Público, no entanto, optou por requerer o arquivamento do caso quanto ao delito de abuso de autoridade, considerando normais os desmandos e as violências praticadas pelos policiais. A defesa técnica, no entanto, não requer que este juízo não acolha o arquivamento requerido pelo órgão acusador, pois não crê que um problema estrutural como a violência policial possa ser resolvido, tampouco minorado, pela violência institucionalizada chamada Direito Penal. O Direito Penal, como se sabe à exaustão a partir do pensamento criminológico, potencializa os problemas que pretende resolver.

14. Ademais, o órgão persecutor decidiu denunciar Alexandre Thomaz por tráfico de drogas, nos moldes do art. 33, §1º, II, da Lei 11343/2006, em razão dos fatos já narrados. Interessante decisão, inexplicável para aquele com capacidade de praticar o importante exercício de relativização, de transformar o particular em exótico e o exótico em particular. Possível que os livros de história que serão publicados daqui a 100 anos digam o seguinte: *“em 2011, o Estado não permitia que uma pessoa semeasse a terra e cultivasse uma planta, mas permitia que agentes estatais entrassem na casa dos cidadãos e a destruíssem, em nome de um ideal que na ocasião já sabiam falido, qual seja o objetivo inalcançável de abolir uma substância natural da face da terra”*<sup>5</sup>.

15. Posteriormente, foram tomadas as providências burocráticas. O réu foi citado e constituiu defensores, que agora apresentam a defesa preliminar.

16. Vale salientar, que o drama de Alexandre Thomaz alcançou a grande mídia e a mídia alternativa, e foi contado em documentário recém lançado, chamado “Cortina de Fumaça”, dirigido por Rodrigo Macniven (íntegra do filme do pendrive em

---

<sup>4</sup> A polícia do Rio de Janeiro, por exemplo, é a que mais mata no mundo.

anexo). Por outro lado, o tema do uso terapêutico e da legalização da maconha está consolidado científica e político-culturalmente, sendo defendido por inúmeros pesquisadores, bem como por personalidades políticas, como o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, que também lançou documentário sobre o assunto, com o certo nome de “Quebrando o Tabu”.

17. A conduta de Alexandre Thomaz, de plantar seu remédio, subsumida no código crime-pena, lhe gerou a pesada imputação do delito de tráfico de drogas. Remédio que hoje é considerado ilícito. Tal ilicitude, no entanto, não é de modo algum natural, mas conjuntural, ou seja, plenamente mutável. A história das drogas é milenar e a história da proibição das drogas sequer completou um século e, ao que tudo indica, já está em vias de extinção. Na genealogia da proibição da maconha não se encontrará nenhuma preocupação com a saúde pública, mas uma cruzada moralista e puritana contra grupos sociais que usavam a substância, os mexicanos nos Estados Unidos e os negros no Brasil<sup>6</sup>. A proibição significou – e ainda significa – uma inteligente estratégia estatal para controlar de perto a vida e os hábitos das pessoas – biopolítica, conforme Foucault nos lecionou.

18. Em nosso tempo, no entanto, os mitos proibicionistas derivados dos preconceitos forjados por anos de campanhas difamatórias e por mentiras incessantemente repetidas, não mais conseguem manter-se em pé, tendo em vista a facilidade da difusão da informação científica sobre o assunto, bem como das vivências dos usuários, o que está a contribuir para a desconstrução do tabu – passo fundamental desde o ponto de vista pacifista. É nesses ares progressistas que a defesa crê, com vistas a transformar o drama dos autos em *leading case*, do que pode decorrer importantíssima transformação social.

---

<sup>5</sup> Não obstante incomum no mundo jurídico e no formalismo que delimita rigidamente suas fronteiras e seu horizonte de compreensão, o exercício relativizador é importantíssimo para o despertar do pensamento crítico.

<sup>6</sup> Sobre o tema, conferir a monumental obra de Antonio Escobedo, *Historia General de las Drogas*. Madrid: Espasa, 2008. Ver também o livro seminal de Howard Becker, chamado *Outsiders*. RJ: Jorge Zahar, 2008.

### III. O USO TERAPÊUTICO DA *CANNABIS* E SUA CONSOLIDAÇÃO CIENTÍFICA E POLÍTICO-CULTURAL – O CULTIVO PARTICULAR COMO ALTERNATIVA AO MERCADO ILÍCITO

19. Conforme ZAFFARONI, o resultado de um direito penal que desconsidera os dados sociais – ou seja, que se encerra em sua autolegitimação tautológica – *“não é um direito penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos”*. Portanto, o que se pretende nesse tópico é uma abertura metodológica para a construção teórica interdisciplinar, de modo que os dados do mundo possam ser incluídos no horizonte de projeção deste caso penal.

#### (i) O uso terapêutico da maconha

19. O neurocientista Renato Malcher-Lopes [biólogo pela Universidade de Brasília e doutor em Neurociências pela Universidade Tulane, em New Orleans, EUA; pós-doutor em Neurofisiologia pela Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne (Suíça) e em Bioquímica Analítica, pelo laboratório de espectrometria de massa da EMBRAPA Recursos Genéticos e Biotecnologia, autor do livro *Maconha, Cérebro e Saúde* (<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4798269A1>)], que gentilmente aceitou contribuir como testemunha neste processo – caso seja necessário, o que francamente não se espera – escreveu recentemente artigo bastante didático, explicando para os leigos – no caso, nós, juristas – quais são os verdadeiros efeitos da maconha – para além da mitologia -, bem como a potencialidade terapêutica da planta. Dada a importância da matéria para o caso em análise, transcreve-se o artigo na íntegra:

#### **Como funciona o efeito da maconha no organismo em geral e no cérebro?**

O principal componente ativo da maconha, o THC, se liga a dois tipos principais de receptores: o CB1, mais proeminente no sistema nervoso central, e o CB2, mais encontrado no resto do organismo. Esses receptores são ativados por substâncias produzidas por diversos tipos celulares, incluindo os neurônios. Essas substâncias são, por isso, chamadas de canabinoides endógenos, ou endocanabinoides. São como “maconhas” produzidas pelo nosso organismo.



Os endocanabinoides são protagonistas numa complexa rede de mecanismos fisiológicos, metabólicos, sensoriais, comportamentais, cognitivos e emocionais, que agem de forma integrada para manter a homeostase (equilíbrio do ambiente interno do organismo) em situações de normalidade e em situações pós-estresse. Basicamente, o sistema endocanabinoide, composto pelos endocanabinoides per si e seus receptores, funciona como orquestrador de alterações de ajuste a flutuações normais e, sobretudo, como coordenador de ajustes necessários ao retorno do organismo à normalidade após a adaptação aguda a algum tipo de estresse. Por isso, o THC da maconha gera simultaneamente e de forma mais intensa um conjunto grande de efeitos dos quais nosso próprio organismo lança mão normalmente para lidar com flutuações diárias e/ou situações adversas. Assim, a maconha causa sensação de relaxamento psicológico, relaxamento muscular e maior capacidade de introspecção (aumenta o foco e a atenção em aspectos específicos e diminui a atenção em aspectos dispersos do ambiente). Aumenta a percepção, a sensibilidade e a apreciação lúdica, estética e hedônica de todos os sentidos (olfação, gustação, audição, tato, visão e propriocepção). **Diminui a sensação de dor, diminui a ansiedade.** Aumenta a criatividade e dificulta o pensamento objetivo, que é substituído por uma capacidade atípica de integração de ideias, conceitos e emoções de forma mais flexível e subjetiva. Melhora a capacidade de gerar imagens mentais. Reduz transitoriamente a memória de curto prazo e, por isso, distorce a noção de tempo. **Aumenta o apetite, atrasa a sensação de saciedade e elimina náuseas.**

Os efeitos fisiológicos do sistema endocanabinoide e, por conseguinte, muitos dos efeitos da maconha são em grande parte resultantes da inibição do chamado sistema nervoso autônomo simpático (que atua em situações de emergência que demandam luta ou fuga) e pela ação estimuladora, ou permissiva, que o THC exerce sobre o chamado sistema nervoso autônomo parassimpático (que predomina em situações de normalidade). Essa ação sobre o sistema nervoso autônomo, em concerto com a ação dos canabinoides sobre circuitos do sistema nervoso central, promove, por exemplo, as sensações de bem-estar e calma, relaxamento muscular, redução da dor, aumento do apetite e da mobilidade gástrica, redução da sensação de náusea, aumento do armazenamento de reservas nutricionais (gordura e glicogênio), atenuação da resposta imune e inflamatória, e a estimulação da interação social e afetiva. Todos esses efeitos são transitórios e reversíveis. Em doses excessivas, ou quando abusada por um longo período, muitos dos efeitos da maconha, mas nem todos, serão os opostos dos descritos acima. Embora seja normalmente ansiolítica, em determinadas situações, a maconha pode potencializar o mau humor e a ansiedade, e eventualmente gerar estados paranoides moderados e transitórios.

### **Onde o THC é metabolizado e qual seu caminho no organismo após isso?**

O THC é metabolizado no fígado e seus subprodutos são eliminados na urina. Por causa de sua natureza gordurosa, o THC associa-se a reservas

endógenas de gordura e pode permanecer em baixas quantidades por muitos dias no organismo.

**Por que motivo a maconha causa fome? Essa é uma reação física ou psicológica?**

O THC da maconha ativa de forma mais potente um sistema que normalmente é ativado no cérebro quando estamos em jejum. Esse sistema aumenta a antecipação e a sensação prazerosa de comer. Aumenta também o tempo e a quantidade de comida ingerida para que tenha lugar o estabelecimento da saciedade. Também é aumentada a capacidade e velocidade de processamento de alimentos pelo sistema digestivo. A maconha atua sobre os mesmos mecanismos e, portanto, aumenta a vontade de comer, a capacidade de comer muito e a sensação prazerosa do gosto e da textura dos alimentos, sobretudo os mais palatáveis (ricos em carboidratos e gorduras).

**Em outros países do mundo usa-se a maconha de forma terapêutica. Para que doenças e fins ela é usada?**

**A maconha pode ser usada para redução de diversos sintomas desconfortáveis associados ao mal-estar de muitas doenças. Ela é mais utilizada para eliminar a náusea (quimioterapia)**, diminuir a dor (dores centrais graves que não respondem a analgésicos comuns, enxaqueca, dores em membros-fantasma, etc.), aumentar o apetite (caquexia, anorexia nervosa), melhorar o estado de humor, reduzir espasmos musculares (esclerose múltipla, cólicas), reduzir pressão intraocular (glaucoma), reduzir convulsões (epilepsia, tétano, etc.), diminuir a ansiedade e aumentar o sono (insônia). A maconha também pode ser utilizada para reduzir efeitos da síndrome de abstinência de drogas altamente viciantes como o crack.

**A maconha medicinal é vendida em que formato?**

A maconha pode servir como fonte de princípios ativos isolados ou ser usada in natura. O uso de princípios ativos isolados tem a vantagem de atuar de forma mais específica quando se deseja evitar efeitos desnecessários. Já a maconha in natura é vantajosa para estados multissintomáticos. A vantagem da inalação dos componentes da maconha via vaporizadores (que aquecem a planta sem produzir fumaça tóxica) está na rapidez do efeito e na adequação da dose pelo próprio paciente ao mínimo necessário para a obtenção do efeito desejado. Entretanto, o uso da maconha in natura será mais consistente se esta provier de linhagens padronizadas, com baixa variabilidade de composição relativa e concentração de princípios ativos.

**O efeito da maconha medicinal é semelhante ao efeito da droga consumida em formato de cigarro?**

A maconha fumada como cigarro terá efeitos semelhantes aos da maconha inalada por meio de vaporizadores, porém essa incluirá na fumaça muitos dos mesmos componentes tóxicos do tabaco. Assim, para finalidades medicinais, a maconha deve ser utilizada por meio de vaporizadores, mas não fumada.

**Alguns médicos defendem que a maconha deve ser evitada de qualquer jeito, porque prejudicaria os neurônios e causaria mais câncer que o cigarro comum. Outros defendem a descriminação, alegando que a maconha traz mais benefícios que malefícios. Afinal, na sua opinião, quem está com a razão?**

**Aqueles que dizem que a maconha deve ser evitada a qualquer custo estão mal informados sobre a excelente relação custo-benefício do uso da maconha em muitos casos onde ela é mais eficiente e benigna que os remédios industrializados.** Existem na população indivíduos mais suscetíveis a determinados efeitos adversos, como a precipitação de surtos psicóticos, mas esses são minoria. De qualquer modo, é importante frisar que a maconha não deve nunca ser abusada, mas, mesmo que for abusada, ainda será muito menos prejudicial do que quando comparada com o abuso de remédios vendidos corriqueiramente nas farmácias e utilizados em hospitais, como antidepressivos, opioides (morfina), barbitúricos, ansiolíticos, entre outros. Também é importante lembrar que a maconha medicinal produz os mesmos efeitos psicotrópicos e alterações transitórias da memória de curto prazo. Portanto, o uso crônico, ainda que controlado, deve ser evitado, avaliando-se, é claro, em cada caso, a relação custo-benefício. **Hoje em dia, com a fatura de dados clínicos sobre o uso medicinal da maconha, opor-se intransigentemente à exploração do seu potencial terapêutico é, em minha opinião, uma atitude mais próxima da negligência do que da cautela médica.**

**Queria fazer um adendo às respostas:** Não existe nenhum estudo científico demonstrando que o uso exclusivo da maconha cause câncer. Isto é uma especulação que assumiu aparência de verdade por ter sido repetida na mídia por pessoas sem preocupação com o rigor científico. Mas o melhor é não arriscar e utilizar os vaporizadores que produzem a chamada "fumaça fria" da maconha, que não contém os produtos tóxicos da queima e é rica em canabinóides altamente anticancerígenos.

(artigo publicado em 23 de setembro de 2010, disponível em <http://idmed.uol.com.br/saude-emocional/maconha-como-ela-age-no-organismo-e-seu-uso-como-remedio.html>. Os grifos são nossos.

20. O neurocientista, cujo currículo dispensa qualquer comentário, e que por isso mesmo aqui contribui como **perito**, explana diversas questões de importância fundamental para este caso penal. Diz Renato que **“a maconha pode ser usada para redução de diversos sintomas desconfortáveis associados ao mal-estar de muitas doenças. Ela é mais utilizada para eliminar a náusea (quimioterapia)”**.

21. Refere também que **“aqueles que dizem que a maconha deve ser evitada a qualquer custo estão mal informados sobre a excelente relação custo-benefício do uso da maconha em muitos casos onde ela é mais eficiente e benigna que os remédios industrializados.”**

22. E, por fim, desfere crítica certa ao obscurantismo proibicionista: **“hoje em dia, com a fartura de dados clínicos sobre o uso medicinal da maconha, opor-se intransigentemente à exploração do seu potencial terapêutico é, em minha opinião, uma atitude mais próxima da negligência do que da cautela médica”**.

23. Estamos diante, portanto, da tentativa de superar uma espécie de **fundamentalismo**, de **obscurantismo**, que são as únicas categorias que conseguem simbolizar a esquizofrenia *anti-certas-drogas* de nosso tempo, consubstanciada na cena hipócrita do pai que xinga o filho de “maconheiro” enquanto balança os gelos do sua primeira dose diária de whisky.

24. O potencial terapêutico da maconha – e fundamentalmente seu potencial terapêutico quanto aos efeitos colaterais da quimioterapia – é matéria já consolidada no âmbito científico. Desnecessário aqui citar todos os pesquisadores e todas as pesquisas sobre o assunto, pois a expertise de Renato Malcher-Lopes já supre tal ponto. A defesa técnica contará também - se necessário, o que não esperamos – com o depoimento de Dartiu Xavier, coordenador do Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes da Escola Paulista de Medicina, um dos maiores

especialistas brasileiros no tema  
(<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4787797T9>).

25. O tema está tão candente, que a Sociedade Brasileira de Neurociência, em julho do ano passado, divulgou manifesto em favor dos estudos acerca do potencial terapêutico da *canabis*, como forma de contribuir para o diálogo sobre o assunto. Transcreve-se trecho da carta:

Na década de 1990, pesquisadores identificaram receptores capazes de responder ao tetrahydrocannabinol (THC), princípio ativo da maconha, na superfície das células do cérebro. Essa descoberta revelou que substâncias muito semelhantes existem naturalmente em nosso organismo, permitiu avaliar em detalhes seus efeitos terapêuticos e abriu perspectivas para o tratamento da obesidade, esclerose múltipla, doença de Parkinson, ansiedade, depressão, dor crônica, alcoolismo, epilepsia, dependência de nicotina etc. A importância dos canabinóides para a sobrevivência de células-tronco foi descrita recentemente pela equipe de um dos signatários, sugerindo sua utilização também em terapia celular.

Em virtude dos avanços da ciência que descrevem os efeitos da maconha no corpo humano e o entendimento de que a política proibicionista é mais deletéria que o consumo da substância, vários países alteraram, ou estão revendo, suas legislações no sentido de liberar o uso medicinal e recreativo da maconha. Em época de desfecho da Copa do Mundo, é oportuno mencionar que os dois países finalistas, Espanha e Holanda, permitem em seus territórios o consumo e cultivo da maconha para uso próprio.<sup>7</sup>

26. Diversos países, que já superaram o fundamentalismo aqui combatido e que estão preocupados em oferecer aos cidadãos, sobretudo àqueles acometidos por alguma doença, o máximo bem-estar, possuem programas estatais de distribuição de maconha. Nesse sentido, o caso mais conhecido é o de Israel, cujo exemplo do enorme sucesso do programa foi mostrado pela TV Globo, no Fantástico de 06 de dezembro de 2009 (ver em <http://www.youtube.com/watch?v=Sjx2lqUF5FE&feature=related>). Conforme o psiquiatra israelense responsável pelo programa, o tratamento por meio da maconha deve ser usado principalmente para pacientes com câncer, que estão submetendo-se à quimioterapia. Além de Israel, vale citar os programas de alguns estados norte-americanos, do Canadá e da Suíça.

---

<sup>7</sup> Conferir em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/766461-cientistas-fazem-carta-pro-maconha.shtml>. Acesso em 13 de setembro de 2011.

27. Por ocasião do Inquérito Policial, o próprio réu juntou diversos documentos que comprovam o vasto uso terapêutico da maconha (fls. 84 a 102). As respeitadas revistas Galileu, Scientific American e Mente Cérebro recentemente publicaram dossiês sobre o tema (doc. 4). Dada a enorme divulgação dos dados científicos – não obstante a manutenção da estratégia proibicionista de desinformação e contrainformação – o tema já vem encontrando legitimação político-cultural. Daí porque alguns políticos já conseguem timidamente – pois devem respeitar a lógica do populismo punitivo para não perder votos – apresentar algumas propostas progressistas.

28. No caso em análise, os argumentos expostos evidenciam o equívoco da imputação por tráfico de drogas, considerando que o cultivo de Alexandre Thomaz foi realizado evidentemente para seu consumo pessoal e terapêutico.

### **(ii) o cultivo caseiro**

29. O cultivo caseiro (*growroom*) é prática adotada atualmente no mundo inteiro, e apresenta incríveis vantagens, sobretudo no que tange à diminuição das violências vinculadas diretamente à economia clandestina das drogas (homicídios praticados por ou contra policiais; homicídios decorrentes de disputas por pontos de venda de drogas; homicídios decorrentes de acerto de contas; circulação de armas, conseqüência óbvia da economia clandestina das drogas; superlotação carcerária; corrupção policial, etc.).

30. No Brasil, o coletivo Growroom (<http://www.growroom.net/>), dedica-se a auxiliar aqueles usuários que não desejam adquirir a substância no mercado ilícito. Um dos slogans do *Growroom* e dos milhares de *growers* espalhados pelo mundo afora é, justamente, “*grower não é traficante*”. Isso porque, aquele que pratica o cultivo caseiro, na imensa maioria dos casos, não se dedica à venda da substância.

31. Nesse sentido, o cultivo caseiro, longe de configurar um problema a ser combatido, é uma das principais soluções que deverão ser adotadas nos próximos

anos para lidar com a questão do controle da produção e da circulação da maconha. Alguns institutos que já estão refletindo sobre o que deve ocorrer “depois da guerra às drogas”<sup>8</sup>, consideram que o cultivo caseiro é uma das melhores opções, pois evita a mercantilização – e a conseqüente fetichização – da substância transformada em produto, tal como ocorre com o álcool e com o cigarro.

32. No caso em análise, temos uma **impossibilidade natural de que Alexandre Thomaz fosse vendedor de maconha**. É que a seu cultivo era praticado em pequena escala e ao ar livre. Deste modo, seria impossível produzir quantidade que lhe gerasse qualquer tipo de lucro, principalmente se levarmos em conta os custos do cultivo caseiro. No clima gaúcho, a planta cultivada ao ar livre só floresce no verão, de maneira que é inviável que esse tipo de cultivo dedique-se à venda. Alexandre Thomaz, sem dúvida, tinha por objetivo exclusivo abastecer a si mesmo, motivo pelo qual estamos diante da inegável presença do especial fim de agir exigido pela lei: “*para consumo pessoal*”.

#### **IV. A NECESSIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A HIPÓTESE DE POSSE PARA CONSUMO (ART. 28, §1º, Lei 11343/2006) – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO ACERCA DA MERCANCIA – EVIDENTE CARACTERIZAÇÃO DO ESPECIAL FIM DE AGIR, “PARA CONSUMO PESSOAL”**

33. Se absolutamente diferenciadas as sanções e os tratamentos penal, processual penal e penitenciário dos crimes de tráfico e de porte para consumo, necessário definir chaves de interpretação constitucionais que permitam caracterizar, com o máximo de precisão possível, tais desvios puníveis, intentando reduzir os custos e os danos causados pela vagueza da estrutura criminalizadora.

34. Os problemas de interpretação derivam das formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da disparidade entre as quantidades de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações

---

<sup>8</sup> Vale a leitura do relatório “After the war on drugs: tools for debate”, da Transform Drug Policy Foundation. Disponível em [www.tdpf.org.uk](http://www.tdpf.org.uk).

proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (comércio e uso pessoal) que representam o sustentáculo do sistema proibicionista (art. 28 e 33 da Lei 11.343/06). Assim, entre o mínimo e o máximo da resposta penal verifica-se a existência de zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo, é a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes nos 18 (dezoito) verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, assim como foi a tradição incriminadora durante o longo período de vigência da Lei 6.368/76.

35. Importante mencionar, portanto, que o tipo do art. 33 da Lei 11.343/06 prevê as mesmas condutas do revogado art. 12 da Lei 6.368/76, dado que justifica a preocupação com a definição de critérios para o juízo de tipicidade. Do contrário, eventos de natureza não especificamente identificáveis como hipóteses de comércio ilegal podem acabar recebendo os rígidos efeitos penais, processuais e punitivos do tráfico de entorpecentes. A doutrina, quando da vigência da lei pretérita, alertava que *“as hipóteses previstas no art. 12 são tão amplas que facilmente se poderia enquadrar por analogia tanto o traficante de fato, como o passador e o viciado, e até mesmo o experimentador”*.<sup>9</sup> A Lei de Entorpecentes, em matéria de elaboração de tipos penais intermediários entre as hipóteses de comércio e porte pessoal, inovou apenas em relação ao sujeito que oferece, eventualmente e sem finalidade de lucro, droga para consumo compartilhado (art. 33, § 3º). No entanto, em tal modalidade de conduta – assim como as ações de *entrega a consumo* ou *fornecimento gratuito*, que permanecem incriminadas junto às modalidades de comércio ilegal –, o entendimento geral da jurisprudência era o da necessidade de desclassificação para o consumo pessoal face à excessiva sanção.

36. Desta forma, percebe-se como notória a timidez do legislador, não apenas por olvidar a necessidade de descriminalização de algumas modalidades de condutas, como por deixar de efetivamente diferenciar ações substancialmente diversas em relação à lesão ao bem jurídico tutelado – *v.g.*, a distinção entre comércio atacadista e

---

<sup>9</sup> ROCHA, *Tóxicos*, p. 150 (grifos originais).



varejista; o reconhecimento de figuras privilegiadas como o comércio de subsistência; o fornecimento para consumo compartilhado *etc.*

### **A Finalidade do Agir como Critério Necessário de Identificação das Condutas Previstas nos Arts. 28 e 33, *caput*, da Lei 11.343/06**

37. Ao comparar as elementares típicas do art. 28 e do art. 33 da Lei de Drogas, percebe-se que em relação aos elementos objetivos do tipo, ou seja, às circunstâncias que permitem identificar empiricamente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação, existe espantosa similitude, quando não plena correspondência. Processo idêntico em relação aos verbos nucleares.

38. Segundo o art. 33 da Lei 11.343/06, constitui crime, entre outras treze modalidades de condutas, *adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar* drogas. Ao estabelecer as hipóteses de consumo pessoal, o art. 28 define como incurso em crime o sujeito que "(...) *adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar* (...)". Vê-se absoluta correlação dos verbos do art. 28 com as hipóteses previstas no art. 33<sup>10</sup>. O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é *exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal)*, segundo as elementares subjetivas do tipo do art. 28.

39. Na dogmática tradicional que se debruçou sobre a antiga Lei de Drogas, tendência refletida de forma praticamente uníssona na jurisprudência dos Tribunais, havia nítida diferenciação entre o agir doloso previsto no art. 12 e aquele definido no art. 16, entendimento que deve permanecer em face da identidade entre os tipos novos e os revogados. Assim, no tipo de injusto do art. 28 da Lei 11.343/06, o dolo

---

<sup>10</sup> Na Lei 6.368/76, havia correlação de apenas três modalidades de condutas (*adquirir, trazer consigo ou guardar* substância entorpecente), em face de o tipo do art. 16 definir como crime "*adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*"

não apenas pressupõe o conhecimento de que a substância adquirida, guardada, depositada, transportada ou trazida seja droga idônea e capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (em caso contrário ocorreria erro de tipo<sup>11</sup>), como requer a vontade específica, o particular fim de agir para uso próprio: *"para incidência do art. 16, portanto, as condutas 'adquirir', 'guardar' e 'trazer consigo' só podem ser praticadas quando a finalidade exclusiva seja o uso próprio e não seja ela desviada pelo fornecimento a terceiro<sup>12</sup>"; "há um segundo elemento subjetivo do tipo contido na finalidade da conduta ('para uso próprio'). A presença dessa tendência interna é imprescindível à tipicidade do fato a título do crime do art. 16. Ausente, a conduta se enquadra no delito do art. 12<sup>13</sup>."*

40. No que diz respeito ao art. 33, por não existir referência específica à intencionalidade da ação, estaria caracterizado o delito independentemente de sua destinação ao comércio ilícito, sendo prescindível, inclusive, a mercancia e a efetivação da entrega (*traditio*) da droga, segundo consolidou a jurisprudência<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Lembra Cezar Bitencourt que existem *elementos normativos especiais da ilicitude*, normalmente representados por expressões como 'indevidamente', 'injustamente', 'sem justa causa', 'sem licença da autoridade' entre outros, que, "(...) *embora integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos sui generis do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude*" (BITENCOURT, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, p. 95). A polêmica quanto à possibilidade de classificação desta modalidade de erro como de tipo ou de proibição instaurou-se a partir do posicionamento de Welzel, visto entender que a expressa referência à antijuridicidade compreende elementos do dever jurídico, devendo ser tratado como erro de proibição. A corrente, porém, é minoritária, sobretudo a partir da concepção cerrada da tipicidade e da ideia do tipo como garantia. Assim, na esteira de Muñoz Conde, Bitencourt – *em síntese, como o dolo deve abranger todos os elementos da figura típica, e se as características especiais do dever jurídico forem um elemento determinante da tipicidade concreta, a nosso juízo, o erro deve ser tratado como erro de tipo*" (BITENCOURT, *Erro...*, p. 97) – e Luiz Flávio Gomes – *"quando o tipo possui requisitos normativos (coisa 'alheia', mulher 'honesta' etc.) ou requisitos que fazem expressa referência à antijuridicidade da conduta ('indevidamente', 'sem justa causa', 'sem licença') fica difícil saber se estamos diante de um erro de tipo ou um erro de proibição (...). A resposta não pode ser outra senão a de que estamos diante de um erro de tipo"* (GOMES, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, p. 137) – sustentam que a análise do erro de tipo, no caso de referência a estes elementos *sui generis* da ilicitude, deve prevalecer à do erro de proibição. Desta forma, em caso de o agente realizar a conduta, desconhecendo, porém, ser a substância entorpecente ou capaz de causar dependência física ou psíquica, inegável a presença do erro.

<sup>12</sup> GRECO FILHO, *Tóxicos*, p. 119.

<sup>13</sup> JESUS, *Lei Antitóxicos*, p. 105.

<sup>14</sup> Sobre a ampla tendência jurisprudencial neste sentido, conferir FRANCO & STOCCO, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, pp. 3.131-3.132

41. Embora ciente da histórica ausência de maiores conflitos doutrinários e jurisprudenciais no que tange à configuração genérica do dolo nas hipóteses do art. 12 da Lei 6.368/76 e fatalmente do art. 33 da Lei 11.343/06 – segundo Fragoso, *p.ex.*, o elemento subjetivo que informa o delito é o dolo genérico, ou seja, a “*vontade livre e consciente de praticar qualquer das ações incriminadas, sabendo o agente que atua sem autorização legal ou regulamentar*”<sup>15</sup> –, o presente articulado propõe reler as formas de averiguação do elemento subjetivo, procurando encontrar formas de clausura do referido tipo, tendo em vista os efeitos patológicos de sua porosidade. A proposta se justifica em decorrência dos custos produzidos pela excessiva punição de condutas com escassa danosidade social ou com reprovabilidade sensivelmente menor do que aquelas relacionadas ao comércio ou à produção ilegal de drogas, notadamente com o radical acréscimo na quantidade de pena trazido pela legislação.

42. A análise dos verbos nucleares do art. 33 da Lei de Entorpecentes possibilita visualizar a significativa diferença entre as ações de *importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, vender e expor à venda* em relação às de *adquirir, oferecer, preparar, fornecer gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar e entregar a consumo*. Todavia, apesar da distinta lesão ao bem jurídico supostamente tutelado (saúde pública), a quantidade de pena imposta é idêntica: reclusão de 05 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. Quando da vigência do antigo estatuto, notava Delmanto que “*um dos maiores defeitos do art. 12 é estabelecer a punição de condutas que podem ser praticadas por outras pessoas que não os verdadeiros traficantes de drogas. A não exigência do propósito de comércio ou fim de lucro (o art. 12 pune o fornecimento ainda que gratuito) dá margem a punições que serão injustas, se a lei não for aplicada com prudência nesse particular.*”<sup>16</sup> O

---

<sup>15</sup> *Apud* FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.150.

<sup>16</sup> Prossegue Delmanto sustentando que “*punir-se, com as mesmas graves penas tanto o traficante profissional que ganha a vida às custas daquele comércio, como o usuário que cede ou passa a outro, ocasionalmente, parte do tóxico que adquiriu não seria justo. Observa-se que faltou no elenco das punições da Lei de Tóxicos, uma capitulação intermediária entre o tráfico do art. 12 e o porte para uso do art. 16. Como é natural, a falha levou a jurisprudência à criação de forte corrente no sentido de que a cessão ou divisão esporádica de tóxicos entre amigos ou companheiros, enquadra-se na punição prevista pelo art. 16 (para uso próprio), não configurando o crime mais grave do art. 12*” (DELMANTO, *Tóxicos*, p. 18).

diagnóstico é ainda mais trágico em decorrência da densificação da punibilidade às figuras do art. 33, *caput* e § 1º da Lei 11.343/06.

43. Para que se possa dar a real dimensão do problema, necessário ter presente os consensos jurisprudenciais no que dizia respeito aos danos gerados pela punibilidade indiscriminada de condutas notadamente diferenciadas em termos de ofensividade social, mas que por opção político-criminal eram previstas conjuntamente no art. 12 da Lei 6.368/76<sup>17</sup>. Com a nova lei o problema persiste, agravado pelo aumento da resposta penal.

---

<sup>17</sup> Importante, de forma exemplificativa, apresentar algumas decisões que refletem o cotidiano da jurisprudência da Lei 6.368/76:

*"Desimporta se o agente não chegou a vender o tóxico, pois 'trazer consigo', já é delito consumado, segundo uma das normas múltiplas que contém o art. 12 da lei respectiva"* (TJRS, AC 68.305.178-3, Rel. Milton dos Santos Martins, RJTJRS 107/59 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.141).

*"Incidem nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, não só quem vende, expõe à venda, oferece ou fornece, ainda que gratuitamente, mas também quem traz consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica"* (TJSC, AC Rel. Tycho Brahe, JC 22/543 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.141).

*"Nos delitos da lei de tóxicos a conduta 'trazer consigo', por si só, somente se enquadra no art. 16 da Lei 6.368/76 quando tiver por finalidade exclusiva o uso próprio do entorpecente; assim, verificando-se que este se destina a terceiro, caracteriza-se o tráfico, independentemente da habitualidade, da quantidade ou ainda, o repasse ser a título gratuito"* (TAPR, AP 88.942-0, Rel. Nério Ferreira, j. 26.03.1998, RT 756/671 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.141).

*"Para a incidência do art. 16 da Lei 6.368/76 (posse de entorpecente), as condutas 'adquirir', 'guardar' e 'trazer consigo' só podem ser praticadas quando a finalidade exclusiva seja o uso próprio da droga. Assim, havendo o fornecimento desta a terceiro, caracteriza-se o tráfico, ainda que o acusado tenha cedido gratuitamente a substância entorpecente"* (TJSP, AC 72, Rel. Jarbas Mazzoni, RT 651/263 FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.138).

*"A ausência de prova quanto à comercialização da maconha não desconfigura o crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76. Adquirir ou guardar a substância tóxica, bastam à sua tipificação, pois, nem sempre é necessária a finalidade comercial"* (TJBA, HC 293/81, Relator Oliveira e Souza, Bahia Forense 18/173 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.142).

*"A partir da Lei 6.368/76, quando é praticado o art. 12, erroneamente alguns aplicadores do direito se referem às expressões tráfico ou traficante, quando na verdade são 18 os núcleos do tipo, contidos no caput do art. 12, descrevendo condutas que podem ser praticadas de forma isolada ou seqüencial. Algumas poderiam configurar atos preparatórios de outras e estas, por sua vez exaurimento de anteriores. A intenção do legislador, porém, é de dar a proteção social mais ampla possível" (Vicente Greco Filho, Tóxicos, Saraiva, p. 72). Não interessa examinar, pois, se o conteúdo da erva estava em poder do acusado para venda ou facilitação de consumo. O que o legislador proíbe é que alguém tenha 'substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar'" (TACRIM-SP, AC 174.809, Rel. Geraldo Pinheiro – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.145).*

44. O quadro proibicionista, portanto, gera situações não muito diversas daquelas visualizadas no revogado art. 281 do Código Penal<sup>18</sup> ou do tipo penal do art. 290 do Código Penal Militar<sup>19</sup>, os quais fixam com a mesma sanção a resposta penal para o tráfico e para o porte.

45. Em havendo tratamento penal/punitivo paritário em situações cuja extensão da lesão ao bem jurídico tutelado é diferenciada, a Constituição impõe, como mecanismo corretivo, ponderação a partir do postulado da proporcionalidade.

### **Critério Dogmático de Correção da Desproporcionalidade e a Definição da Tipicidade (Subjetiva) das Condutas**

46. A Constituição de 1988 explicitou os princípios da lesividade (art. 5º, XXXV) e da proporcionalidade (art. 5º, LIV), estabelecendo parâmetros interpretativos para realizar juízos de invalidade das leis e dos demais atos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Os critérios de deslegitimação formal (juízo sobre a vigência) ou substancial (juízo sobre a validade), contudo, apenas criam possibilidades diagnósticas, ou seja, ferramentas de identificação das patologias do sistema. Aliados à anamnese, imprescindível estabelecer mecanismos de correção dos atos violadores dos direitos e das garantias fundamentais.

47. Em decorrência dos efeitos deflagrados pela incriminação indistinta das inúmeras condutas previstas no art. 33 da Lei de Drogas, alguns critérios serão

---

<sup>18</sup> Previa o caput do art. 281, redação dada pela Lei 5.726/71: "*Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.*" Contudo, o § 1º, inciso III, estabelecia penas idênticas para quem, indevidamente, "*traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*"

<sup>19</sup> "*Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos*" (art. 290, CPM).

propostos como instrumentos de efetivação do modelo dogmático-crítico, cujo objetivo central é a redução dos custos da punitividade.

48. A análise detalhada permite apontar como principal mecanismo corretivo da desproporcionalidade do tipo penal do art. 33, parágrafo primeiro, II, da Lei de Entorpecentes a **especificação da conduta (especial fim de agir)** naquelas figuras que igualmente aparecem incriminadas no art. 28, parágrafo primeiro, ou seja, as condutas de semear, cultivar ou colher pés de maconha.

49. Conforme o consenso dogmático e jurisprudencial explanado, notadamente no que se referia ao problema do art. 12 da Lei 6.368/76 não superado com a nova legislação, não seria requisito para a caracterização das condutas previstas no art. 33, da Lei 11.343/06 o fim de mercancia da substância entorpecente<sup>20</sup>. O elemento subjetivo que caracteriza o crime seria o *dolo genérico*. Contudo, como igualmente exposto, as modalidades comissivas de semear, cultivar ou colher, além de previstas no art. 28 (*soft crimes*), encontram-se presentes junto às modalidades de tráfico.

50. Assim, do que se depreende da dogmática penal, **a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28)**. Em não ficando demonstrado este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo. Cria-se, em realidade, espécie de *zona gris de alto empuxo criminalizador* na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive,

---

<sup>20</sup> Neste sentido, exemplificativamente, salutar apontar alguns julgados paradigmáticos:

"O crime de tráfico ilícito de entorpecentes não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de 'ter em depósito, sem autorização'" (STF, HC 70.344, Rel. Paulo Brossard, RTJ 149/521 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.150).

"Para a configuração do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, na forma de manter em depósito ou trazer consigo, não se exige qualquer especial fim de agir" (STJ, HC 11.669, Rel. Félix Fischer, j. 14.03.2000, DJU 10.04.2000, p. 105 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.151).

"O tipo do art. 12 da Lei 6.368/76, mormente nas formas 'trazer consigo' ou 'transportar' é congruente, bastando o dolo genérico e prescindindo de qualquer outro elemento subjetivo diverso do animus de traficar para que se configure o delito em questão. O agente que, chamado para transportar droga, coloca-a no veículo e é logo após abordado por policiais, consumou o crime de tráfico de entorpecentes" (STJ, RESP. 142.971, Rel. Jorge Scartezzini, j. 14.09.1999, DJU 25.10.1999, p. 114 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.151).

não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir<sup>21</sup>, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, todas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado.

51. Propõe-se, portanto, como critério interpretativo de correção da desproporcionalidade no tratamento punitivo de condutas objetivamente idênticas, mas díspares no que tange à ofensividade ao bem jurídico, a necessidade de especificação dos elementos subjetivos de ambos os tipos penais, seja do art. 33 como do art. 28 da Lei 11.343/06. O raciocínio deve ser realizado de forma negativa, invertendo-se os rumos tradicionais da doutrina e da jurisprudência dominantes. **Desta forma, em havendo especificação legal do dolo no art. 28 da Nova Lei de Drogas (especial fim de consumo pessoal), para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de proporcionalidade e de ofensividade, igualmente deve ser pressuposto da imputação das condutas do art. 33 o *desígnio mercantil*. Do contrário, em não havendo esta comprovação ou havendo dúvida quanto à finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28.**

52. A jurisprudência, mesmo de forma tímida, traçou hipóteses que possibilitam aberturas no cerrado entendimento sobre o tema: "*não pode ser acusado de tráfico de maconha aquele que eventualmente a transporta, sem prova de sua*

---

<sup>21</sup> Neste sentido, à guisa de exemplificação:

*"Comprovadas de forma indubitosa a autoria e materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, não há de se falar em desclassificação para o crime do art. 16 da Lei 6.368/76, se o acusado não comprovou que a substância apreendida era destinada a seu próprio e restrito uso"* (TJSP, AC 277.683-3/3, Rel. Debatin Cardoso, j. 23.09.1999, RT 772/568 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.145).

*"É inteiramente procedente a ação penal que atribui infração ao art. 12 da Lei 6.368/76 ao agente preso em flagrante na posse de droga ilícita de substância tóxica, acondicionada em invólucros plásticos, em pequenas quantidades, sendo inadmissível a desclassificação para o art. 16 da referida lei, se não foi produzida prova idônea para evidenciar a finalidade exclusiva de uso próprio, especialmente quando os elementos probatórios tendem a convencer que o réu dedicava-se à venda da droga, caracterizando a *traficância*"* (TAPR, AC 84.521-4, Rel. Luiz Cezar de Oliveira, RT 733/683 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.147).

*condição de traficante ou de relacionamento com quem pratica o tráfico.*"<sup>22</sup> Neste sentido decisão do STJ, a qual, em decorrência da importância, tem-se como paradigmática:

*"Se o acórdão reconheceu a inexistência de indício de prova de destinação comercial da maconha apreendida na residência do réu e, por isso, desclassificou o delito de tráfico para o de uso, conferiu ao tema interpretação razoável, insusceptível de revisão em sede de recurso especial, onde não tem espaço para reexame de provas.*

*(...) Sustenta o recorrente que a lei não exige a comprovação da mercancia da droga, bastando para a configuração do delito o ato de adquirir ou guardar a substância.*

*O tema, todavia, não se exaure de modo tão simples e exige uma compreensão sistemática da lei regente.*

*É certo que o tipo complexo do art. 12 da Lei 6.368/76 contempla, dentre as diversas condutas criminosas, o ato de guardar ou ter em depósito substância entorpecente.*

*Todavia, o mesmo diploma legal, em seu art. 16, prevê como crime de menor gravame o ato de guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a referida substância, causadora de dependência física ou psíquica.*

*Assim, ambas as condutas em sua expressão vernacular, configuram crimes diferentes. No crime previsto no art. 12, o ato de guardar tem por finalidade o fornecimento da droga a terceiros, ao passo que, no tipo do art. 16, guarda-se para consumo próprio.*

*Assim, pela interpretação sistemática da Lei 6.368/76, não se pode compreender o tipo guardar substância entorpecente sem que se investigue a destinação da conduta.*

*Tribunal a quo, em face do quadro fático, entendeu como não demonstrado o crime do art. 12 da lei de Tóxicos, desclassificando-o para o tipo inscrito no art. 16, ambos da referida Lei. Acentuou o Tribunal que inexistia nos autos 'prova da destinação da substância entorpecente para traficância' verberando, noutra passagem, que 'não se fez uma prova sequer; de que ele houvesse comercializado a erva com terceiros'."*<sup>23</sup>

## **Os Equívocos na Configuração da Tipicidade do Tráfico de Entorpecentes: Objetificação dos Elementos Subjetivos**

53. As dificuldades de definição dos requisitos configuradores da tipicidade do art. 33 da Lei de Drogas não se resumem, porém, à discussão dos elementos

<sup>22</sup> TJMG, AC 13.891, Rel. Iracy Jardim, RF 275/305 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.147.

<sup>23</sup> STJ, RESP. 115.660, Rel. Vicente Leal, j. 05.08.1997, JSTJ e TRF 101/368, RJ 241/106 e RT 747/637 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.146/47.



subjetivos (dolo). Para além do problema da identificação do fim do agir, diversa interrogação exsurge: se existem descrições de condutas empíricas idênticas nos tipos do art. 28 e 33, quais os critérios concretos (circunstâncias do tipo objetivo) de diferenciação a serem utilizados?

54. A questão colocada é complexa, revelando, em determinadas circunstâncias, verdadeiras aporias. Todavia não pode deixar de ser enfrentada, sobretudo quando os critérios que utilizados geralmente pelos operadores do direito (jurisprudência) quando da incidência da Lei 6.368/76 parecem estar amplamente dissociados dos comandos constitucionais.

55. A definição do juízo de tipicidade do art. 12 ou do art. 16 da Lei 6.368/76, nos casos de aquisição, guarda ou porte, invariavelmente foi resolvida na jurisprudência nacional a partir de *critério objetivo*: quantidade de droga apreendida. Em alguns casos, o *histórico de dependência*, os *antecedentes criminais*, o *local de apreensão* ou a *forma de acondicionamento do produto* ganhava relevância.

56. As formas de definição advinham da extensão interpretativa auferida pelo art. 37, *caput*, da Lei 6.368/76, que estabelecia que "*para efeitos de caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*". O direcionamento do comando normativo atingia as autoridades policiais, exigindo, conforme o parágrafo único do referido artigo, justificativa dos motivos que levaram à definição – "*a autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando, concretamente, as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz*" (art. 37, parágrafo único, Lei 6.368/76). Logicamente, a imputação inicial não vinculava o juízo posterior realizado pelo agente acusador ou pelo magistrado. Porém a aplicação do art. 37 da antiga Lei, desvinculada do contexto constitucional, fortalecia sistemas penais com forte inspiração em modelos de

---

responsabilidade penal objetiva e com tendência inquisitória, face ao enclausuramento do juiz pela predefinição realizada no inquérito pela autoridade policial.

57. Parece, contudo, não ser mais admissível a utilização destes critérios, notadamente pelo aumento do hiato de punibilidade entre os tipos referenciais do tráfico e do porte para consumo próprio. A barreira a ser superada é a forte tendência da interpretação retrospectiva que perpassa a jurisprudência nacional, ou seja, a disposição dos Tribunais e da doutrina de interpretar o novo contexto legislativo com o olhar do velho, enclausurando qualquer possibilidade de mudança. Ademais, o § 2º do art. 28 da nova Lei de Drogas reproduz a mesma lógica do art. 37 da Lei 6.368/76, dado que parece evidenciar as dificuldades de superação da objetificação dos critérios – *"para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente"* (art. 28, § 2º, Lei 11.343/06).

58. É que definições desta natureza acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito, substancialmente porque intentam absolutizar critérios *objetivos* de forma a induzir a esfera *subjetiva* do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizariam os elementos objetivos (circunstâncias de tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo.

59. A perspectiva dogmática no direito, visando sempre procurar instrumentos e mecanismos para estabilizar os julgamentos, na incessante busca do (ilusório) sonho positivista/legalista da segurança jurídica (previsibilidade e padronização das decisões), forjou na doutrina e na jurisprudência nítida tendência de criação de fórmulas resolutivas calculáveis, mormente no que se convencionou chamar de *hard cases* (casos complexos), cujo exemplo significativo pode ser verificado nas questões

envolvendo a tipificação das condutas relativas às drogas ilícitas. As construções normativas e dogmáticas podem servir apenas como *indicativos*, mas nunca como *fundamento tarifado* de juízos ou de decisões, isto é, de forma alguma podem proliferar-se como *standards* motivacionais ou reproduzir-se como critérios jurisprudenciais de justificação do ato de imputação e de decisão.

60. Neste quadro, os dados apresentados como idôneos à classificação da conduta pela autoridade judicial previstos no art. 28, § 2º da Lei de Entorpecentes, tais como *quantidade, local e antecedentes*, podem apenas *sugerir e indiciar* a incidência dos tipos penais do art. 33 ou do art. 28. Nunca, porém, definir o juízo de imputação como se tais critérios fossem únicos e exclusivos, exatamente por se tratar de elementos objetivos do tipo.<sup>24</sup> Como referido, a diferenciação entre condutas deve ser estabelecida a partir da finalidade, qual seja, **uso próprio ou compartilhado ou mercancia**.

61. Frise-se, porém, que **cabe ao agente acusador o ônus da prova de que as circunstâncias empíricas indiciadoras são congruentes com o animus de comércio em caso de imputação de tráfico de entorpecentes. Em não havendo prova robusta ou restando esta dúvida, imperativa a desclassificação para o caput do art. 28 da Lei de Drogas.**<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> A jurisprudência majoritária, amparada na regra do art. 37 da Lei 6.368/76, invariavelmente absolutizou os critérios objetivos do tipo, extraindo deles os elementos subjetivos (dolo). Neste sentido, como exemplo:

*"Para a consumação do crime previsto na Lei 6.368/76, art. 12, suficiente a prática de uma das ações previstas na norma penal incriminadora. A expressiva quantidade – e variedade – de entorpecentes apreendidos em poder do recorrido caracteriza o animus de traficar. Precedentes desta Corte"* (STJ, RESP. 163.545, Rel. Edson Vidigal, j. 24.11.1998, DJU 01.02.1999, p. 226 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.151).

*"Para a caracterização do crime de narcotráfico, como em relação aos demais punidos na Lei 6.368/76, atender-se-á à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente, tal como dispõe o art. 37 da referida lei"* (TJRS, Rel. Rubens Rebelo Magalhães, RJTJRS 74/11 – FRANCO & STOCCO, *Leis...*, p. 3.193).

<sup>25</sup> Em relação à desclassificação quando inexistente prova inequívoca do comércio de entorpecentes, a jurisprudência apresenta importantes precedentes:

*"TÓXICO. INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL DE TRAFICÂNCIA. Desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 e a absolvição de uma das acusadas frente à fragilidade probatória"* (TJRS, 1ª Câmara Criminal, Apelação-Crime 70000739052, Rel. Marcel Esquivel Hope, j. 17.05.2000).

62. No caso em análise os todos os vetores apontam para a hipótese de posse para consumo. O cultivo era realizado ao ar livre e em pequena escala, de modo que a quantidade de flores efetivamente consumíveis era ínfima. Ademais, na apreensão policial, foram encontrados pouquíssimos pés. Portanto, considerando a **natureza e a quantidade da substância**, evidente a presença do especial fim de agir (para consumo pessoal).

63. A análise do **local e das condições em que se desenvolveu a ação** só pode conduzir para a mesma conclusão. Os pés de maconha foram encontrados no sítio que é até hoje a residência de Alexandre Thomaz (doc. 5), em casa absolutamente comum, de morador que ali vivia pacata e bucolicamente. Além disso, não foi encontrada na residência nada que pudesse sequer servir de indício acerca da mercancia, como dinheiro, instrumentos para acondicionamento ou armas. Pelo contrário: na residência a polícia encontrou apenas os indícios dos hábitos simples de um cidadão comum, pacífico e trabalhador.

64. O réu é publicitário, e trabalha há muito tempo no mesmo local, conforme carteira de trabalho em anexo (doc. 6). Seus rendimentos e sua forma de vida são totalmente compatíveis com a atividade financeira que exerce, bem como completamente incompatíveis com a de um traficante de drogas. Para comprovar o alegado, o réu renuncia expressamente ao sigilo fiscal, juntando no presente momento as declarações de imposto de renda dos últimos quatro anos (doc. 7). Abre mão também do sigilo bancário, de modo que, caso este juízo entenda pertinente, pode requerer os extratos de Alexandre Thomaz. Assim, as **circunstâncias sociais e pessoais** também contribuem para reforçar que o réu cultivou os pés para próprio consumo. É fundamental ressaltar, outrossim, que o réu não possui **antecedentes**.

---

*"TÓXICO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. Fragilidade probatória a ensejar a absolvição de um dos acusados e desclassificação para uso do réu confesso"* (TJRS, 1ª Câmara Criminal, Apelação-Crime 70002390144, Rel. Marcel Esquivel Hope, j. 17.10.2001).

66. Por fim, o caso ainda apresenta especificidade absolutamente relevante, pois o início do cultivo ocorreu em razão da doença de Alexandre, de modo que o consumo era pessoal e terapêutico, conforme a argumentação já desenvolvida.

66. Sendo assim, imperativa a desclassificação para a hipótese de cultivo para consumo (art. 28, parágrafo 1, Lei 11343/2006), sobretudo considerando a enorme disparidade existente entre os apenamentos previstos para os tipos em comento, e a conseqüente incrível injustiça que decorre da imputação equivocada. Deste modo, após a desclassificação, devem os autos ser remetidos ao Juizado Especial Criminal competente.

#### **V. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – EM BUSCA DE UMA DECISÃO PARADIGMÁTICA – INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO**

67. Operada a desclassificação, a defesa técnica ainda postula que este juízo realize o controle difuso de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade do delito do art. 28, parágrafo primeiro, da Lei 11343/2006, nos termos dos diversos precedentes que já existem sobre o tema.

68. O sustentáculo legitimante da criminalização do consumo dispõe que se trata de crime de perigo abstrato, que tem por finalidade a tutela do bem jurídico saúde pública.

69. Contudo, para além das teorizações desvinculadas da realidade, o uso de drogas é (pode ser) conduta autolesiva, de modo que viola, no mínimo, os princípios da ofensividade, da igualdade e da intimidade e da vida privada.

70. Viola evidentemente o princípio da ofensividade (art. 5, XXXV, CF), justamente porque pune a autolesão, em ato que não atinge terceiros. O princípio da igualdade é também frontalmente violado, tendo em vista que a diferenciação entre drogas lícitas (álcool, por exemplo) e ilícitas (maconha, por exemplo), não obedece

nenhum critério científico válido, mas é realizada ao bel-prazer do legislador. Também está em desacordo com os princípios da intimidade e da vida privada, princípios que têm a importante função de instrumentalizar o postulado da secularização, ou seja, a separação entre direito e moral. O indivíduo deve ter plenos poderes para decidir sobre seus atos, desde que não afete a terceiros.

71. A jurisprudência que reconhece a inconstitucionalidade da criminalização do consumo já foi sedimentada. Neste sentido, relevante argumentação desenvolvida por Milton Santos em incidentes de inconstitucionalidade propostos em Recurso de Apelação perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Não é lícito ao Estado, dentro do sistema de liberdade democrática, punir o viciado, que é, antes de tudo uma vítima. O art. 16 da Lei 6368/76, punindo como infrator o viciado e doente, afronta a Constituição Federal, no que respeita a liberdade individual quanto ao uso de estupefaciente”. (TJRS, Incidente de Inconstitucionalidade, AC 686062340, voto vencido Des. Milton dos Santos Martins, RJTJRS 128/34)

“A preliminar é conhecida em suas razões. O art. 16 da Lei de Tóxicos tipifica proceder de esfera individual, restrita à pessoa, não interferindo com outrem. É, portanto, inconstitucional ao invadir e violar os direitos fundamentais da pessoa. Não é o usuário que difunde o tóxico. Em vez de se prender quem anda com quantidades ínfimas para uso próprio, porque não se encontram as plantações de traficantes, aqueles que fazem as desgraças dos outros. “O usuário é vítima, não criminoso, que terá sua vida arruinada ainda mais, quando o Estado devia tratá-lo como doente, dar-lhe oportunidade de recuperação”. (TJRS, Incidente de Inconstitucionalidade, AC 687043661, voto vencido Des. Milton dos Santos Martins, RJTJRS 127/99)

72. Lúcido, também, é o parecer exarado pela representante do Ministério Público Aline Machado Xavier em relação à inconstitucionalidade do crime tipificado no art. 28 da Lei de Drogas:

“O Ministério Público, por este agente, à vista do conteúdo destes autos, requer o arquivamento do presente termo circunstanciado, pelas razões que a seguir passa a deduzir.

É indispensável ao operador do Direito a lucidez de reconhecer que o poder punitivo do Estado deve incriminar condutas tão só na faixa dos parâmetros fixados pela Constituição Federal. Ademais que a aplicação do Direito Penal, em nossa realidade, obriga observar prioridades na Política Criminal.

O mestre René Ariel Dotti (in” A Proteção Constitucional da Intimidade e o art 16 da Lei de Tóxicos”, Alberto Toron, Fascículos de Ciências Penais, Fabris) pontificou:

*“As ações axiológicas constitucionais devem ser respeitadas pelos texto penais e orientar sua interpretação”.*

**Com efeito, é garantia do brasileiro a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Limite a que se deve curvar o poder legiferante do Estado. Este direito resguarda uma esfera da existência humana onde se preserva um mínimo de liberdade do indivíduo, impenetrável a comandos e proibições – “verdadeira zona de imunidade”.**

Neste sentido é lapidar o art. 19 da Constituição Argentina:

*“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de La autoridad de los magistrados”.*

Tanto é assim, que o Magistrado da Suprema Corte Argentina Enrique Petrachi asseverou: *“As ações privadas não se transformam em pública pelo fato de que o Estado decidiu proibi-las.”*

É sabido que o art 16 da lei n.6.368/76 não pune o uso, tampouco o vício e diz respeito à privacidade do indivíduo (embora acarrete conseqüências de alimentação do emergente mercado do tráfico), que não fazem parte de sua objetividade. Contudo, as condutas que o tornam possível (adquirir, guardar e trazer consigo) são tipificadas. Assim, via oblíqua, o “uso” vem a ser punido. Contudo, a punição só subsiste se a substância entorpecente for apreendida, periciada e tiver sua natureza tóxica confirmada. Vale dizer, estiver a materialidade assegurada.

Ora, a materialidade resume todo o tratamento penal a uma insólita, questão de sorte. Esclarecedor é a ponderação citada por Alberto Tóron na obra referida:

*“Uns instantes necessários para consumir a droga não podem justificar a incriminação da “posse exterior” da droga pelo toxicômano ou consumidor (vale dizer, a posse de droga antes de ser consumida) por um lado, e a impunidade da “posse interna” (depois que a droga já tenha sido consumida), por outro lado”(a partir de El Delito de trafico y consumo de Drogas”, Pietro Rodriguez, Barcelona, Bash, 1986, p.225)*

Ademais, é o caso de indagar-nos: qual o bem jurídico tutelado pelo art 16 da lei de tóxicos?

Deveria a resposta apontar a incolumidade pública, ou, mais especificamente, a saúde pública (infração de perigo). Todavia a realidade assinala direção oposta.

Como assegura Maria Lucia Karan (in Estudos Jurídicos, n. 01, 91, p.127), tais infrações exigem a expansão do perigo real à coletividade. Ora, mas se há de enxergar que as três condutas encerradas pelo art 16 da lei ungem-se a uma única realidade: **serem destinadas a uso próprio**.

Deixemos claro, então as coisas. Ou o legislador assume que o dispositivo legal visa a proteção individual, ou adota uma postura despenalizadora do art 16.

Feita a opção pela primeira alternativa, automaticamente, o suicídio, o alcoolismo e a autolesão passarão a ser objeto de punição.

Retroagiremos a um arcaico "Direito Penal de Caráter", incriminando comportamentos da vida privada, rasgando a Constituição, e usando a lei para moldar os indivíduos a um único código moral – o que é, em absoluto, abominável. Punir-se-á, nesta escala, opções sexuais, religiosas, políticas, etc. Admitir isso é tão tosco quanto pensar que a lei pune o estelionato para fazer as pessoas confiáveis, pune o furto para torná-las honestas, pune o estupro para forçá-las a contrair o libido, etc.

O fornecimento de substancia entorpecente a terceiros encontra perfeito subsunção no art 12 da Lei n. 6.368/76, porque, ineludivelmente, traduz perigo à saúde pública.

O art 16 da lei de tóxicos, nos exatos termos, não importa ofensa à saúde pública, " *quando muito traduz a possibilidade de autolesão pelo mal que o consumo da droga pode acarretar ao usuário...Aberra de nossa sistemática jurídico-penal castigar alguém porque não tendo, embora produzindo ofensas externas, oferece a possibilidade de vir a fazê-lo.*"(Bernardino Gonzaga, in "Entorpecentes – Aspectos criminológicos e jurídicos-penais". Max limonad, 63/87).

Por fim, demonstrado o absurdo deste dispositivo legal, vale lembrar o histórico voto do Desembargador Milton Dos Santos Martins na apelação n. 686062340, da 3ª Câmara criminal do TJRS:

"Se não se quer reconhecer no consumidor de droga uma vítima e um doente, como viciado, dando-lhe tratamento adequado, pelo menos há de se reconhecer, então a sua liberdade pessoal garantida pela Constituição (...). Incrimina-se simples ato da esfera individual, puramente individual, que respeita a liberdade pessoal. O Direito, inclusive o penal, é interpessoal, é norma, transubjetiva, cuida-se das relações pessoais; não se viola a pessoa, seu pensar seu agir que não interfere com as outras pessoas".

Agora, na vigência da nova lei de tóxicos, a detida análise de seu art 28 afasta qualquer dúvida a respeito da descriminalização da posse de droga para uso próprio, não impondo qualquer tipo de prisão, mas cominando com sanções como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos o portador. Ademais, prevê que, em caso de descumprimento, sejam essas sanções substituídas por admoestação verbal ou multa, Assim o legislador retira o caráter penal do antigo artigo 16 da lei n. 6.386/76, operando verdadeira "abolitio criminis".



A figura do porte de substância entorpecente para uso próprio deixa de encontrar enquadramento seja como crime, seja como contravenção. Resulta, quando muito, num ilícito de natureza não penal, cujas sanções têm corte marcadamente administrativo e remetem ao reconhecimento de que a questão traduz um problema de saúde pública que deve ser enfrentado inicialmente com medidas de prevenção, respeitada a individualidade e privacidade do indivíduo.

Aline Machado Xavier”

73. Por fim, ressalta-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 6ª Câmara de Direito Criminal, em acórdão relatado pelo desembargador José Henrique Rodrigues Torres, fundamentou posição no mesmo sentido na ora defendida:

“1- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para comprovação da mercancia, **denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante.** 2 – **O artigo 28 da lei 11343/06 é inconstitucional.** A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”. (Apelação Criminal n. 993.07.126537-3; Data do Julgamento: 31/03/08; Data de registro: 23/07/2008)

## VI. PEDIDO

**72. POSTO ISSO,** requer-se:

- a) A desclassificação para a hipótese do art. 28, parágrafo primeiro, da Lei 11343/2006.
- b) A declaração de inconstitucionalidade da criminalização do cultivo para consumo, notadamente do art. 28, parágrafo primeiro, da Lei 11343/2006.
- c) Caso necessário, a oitiva das testemunhas abaixo arroladas.

## VI. ROL DE TESTEMUNHAS

80. Outrossim, caso necessário, requer a intimação das seguintes testemunhas, todas imprescindíveis à comprovação da hipótese defensiva.

1. Renato-Malcher Lopes  
SHIN Qi 10, conjunto 06, casa 06  
Lago Norte  
Brasília-DF  
Cep: 71525-060

2. Dartiu Xavier da Silveira Filho  
Rua Florida, 320  
Sao Paulo/SP  
Cep: 04565-001

3. Douglas Senna Engelke  
Rua Gandavo, 289, apto 1  
Vila Mariana  
São Paulo/SP  
Cep: 04023-000

4. Renato Filev  
Av. D. Pedro I, 141 apto. 10  
Vila Monumento  
São Paulo/SP  
Cep: 01552-001

5. Lucio Scarparo  
Av. Plinio Brasil Milano, 203, conj. 404  
Porto Alegre/RS

6. Ari Salomão Thomaz  
Rua São Sebastião do Caí, 541  
Centro  
Esteio/RS

7. Claudio Roberto Saldanha  
Rua André Gonçalves, 140  
Bairro Nossa Senhora das Graças  
Canoas/RS

8. Gislaine Piazza Barbosa  
Rua das Bromélias, 416  
Bairro Moinhos de Vento  
Canoas/RS

Pede deferimento

Porto Alegre, 15 de setembro de 2011.



SALO DE CARVALHO  
OAB/RS 34.749



MARCELO MAYORA  
OAB/RS 68.617