

“Ninguém pode ser obrigado a realizar ou não realizar determinados atos, porque isso seria melhor para ele, porque o faria feliz ou porque, na opinião dos demais, seria mais acertado ou justo. Estas são boas razões para discutir, para ponderar ou persuadir, mas não para obrigar” (Stuart Mill).

### Sentença

**P. A.**, qualificado nos autos, está sendo processado porque, segundo a denúncia, trazia consigo, para uso próprio, pequena quantidade de drogas ilícitas. Ainda segundo a denúncia, os fatos teriam ocorrido na Rua General Olimpio Mourão Filho, no bairro de São Conrado, na madrugada do dia 02 de março de 2010.

O laudo de exame de entorpecente está entranhado à fl. 11.

O réu não foi localizado para ser citado no rito sumaríssimo. Os autos foram encaminhados para este juízo. Citado por edital (fl. 46), o réu não constituiu advogado.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apresentou a resposta à acusação de fl. 50.

A denúncia foi recebida, consoante retrata a decisão de fl. 51. Na mesma ocasião, o processo foi suspenso por força do artigo 396, parágrafo único, do Código de Processo Penal. O Ministério Público, então, fez uso de reclamação com o objetivo de suspender o curso do prazo prescricional (fls. 60/83).

### **É o breve relatório. Decido.**

Ao revisar os autos que se encontravam suspensos por força do parágrafo único do artigo 396 do Código de Processo Penal, percebi que, não obstante a decisão lançada à fl. 51, esta causa penal se encontra na hipótese prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal. Assim, manter a persecução penal, ainda que suspenso o processo (ou mesmo o prazo prescricional, na hipótese da reclamação manejada pelo Ministério Público ser julgada procedente) representaria clara violação à garantia constitucional da duração razoável do processo (que acabou prestigiada pelo Conselho Nacional de Justiça através da META 3). Revogo, pois, a decisão de determinou a suspensão deste processo. Oficie-se ao juízo *ad quem* acerca desta revogação.

No mais, a partir da leitura dos fatos narrados na denúncia pode-se, desde logo, afirmar que, mesmo assumindo como verdadeira a hipótese acusatória, a pretensão punitiva estatal está fadada a não prosperar. Isso porque a narrativa contida na denúncia não aponta qualquer elemento indicativo de que a droga ilícita apreendida em poder do acusado (13,6g) seria destinada a qualquer forma de entrega a terceiros, ou em termos dogmáticos, que a conduta de P. fosse apta a produzir risco real e concreto de dano a terceiros.

Com Roxin, pode-se afirmar que “a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto”.<sup>1</sup> Por isso, o princípio da ofensividade, ao enunciar que a “efetiva incidência do direito penal fica condicionada à real

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61.

existência de lesão ou de perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado”<sup>2</sup> deve necessariamente, sob pena de violação ao sistema que legitima a punição de condutas desviantes, “ser observado pelo legislador, no momento da elaboração da norma penal, e pelo magistrado, quando de sua aplicação”<sup>3</sup>.

No caso em exame, ainda que fique demonstrada a tipicidade formal/legal - a descrição da conduta, com seus aspectos objetivos e subjetivos, feita no dispositivo legal – dos atos atribuídos à P., faltarão a eles aquilo que se convencionou chamar de *tipicidade material*.

Sabe-se que nos delitos relativos às drogas ilícitas (e frise-se, desde já, o caráter arbitrário e irracional da divisão entre drogas lícitas e ilícitas) o bem jurídico tutelado pelas normas penais é a saúde pública. A doutrina<sup>4</sup> situa a conduta, hoje tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, entre as infrações de perigo comum, ou seja, dentre as ações humanas capazes de afetar um número indeterminado de pessoas. Há, portanto, a necessidade da expansibilidade do perigo<sup>5</sup> à violação do bem jurídico.

Como já decidiu Maria Lúcia Karam, isso no distante ano de 1988 (tese, posteriormente, consagrada pela Corte Suprema de Justiça da Argentina), “não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há

---

<sup>2</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral**. Barueri: Manole, 2003, p. 16.

<sup>3</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral**. Barueri: Manole, 2003, p. 16.

<sup>4</sup> Por todos: BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. **Estudo geral da nova lei de drogas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 65/66 e 90; BIANCHINI, Alice **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>5</sup> Nesse sentido: TJ/RJ, Oitava Vara Criminal, processo nº 4.851, juíza Maria Lúcia Karam, j. em 31 de maio de 1988.

como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são coisas antagônicas”.<sup>6</sup>

De fato, ao desconsiderar concepções punitivistas perversas e adesões acríicas a políticas higienistas de viés autoritário, não há como deixar de reconhecer a irracionalidade/ilegitimidade da persecução penal de uma conduta que constitui, na pior das hipóteses, um perigo de autolesão. Ora, “um mínimo de coerência exige, pelo menos, um mesmo tratamento para o perigo para a própria vida, para a autolesão e para o simples perigo de autolesão”.<sup>7</sup> Dito de outra forma: a liberdade individual é garantia prevista na Constituição da República e só pode ser afastada diante do risco concreto ou de efetiva lesão a um bem jurídico de terceiro (a isso se chama “transcendentalidade da ofensa”).

A luz da Constituição de 1988, o Estado não pode violar a esfera de privacidade daqueles que não afetam terceiros. A conduta penalmente relevante é sempre uma conduta capaz de afetar terceiros, caso contrário ter-se-ia a violação à intimidade, à vida privada e ao respeito à diferença. Na hipótese dos autos, a Constituição funciona como limite negativo à incidência da tipicidade legal, isto é, como óbice à criminalização (primária e secundária) que implique desrespeito ao conteúdo constitucional.<sup>8</sup>

Na atual quadra história, impõe-se reconhecer que o bem jurídico funciona como limite à criminalização<sup>9</sup> (verdadeira garantia de racionalidade tanto da criminalização primária quanto da secundária). Portanto, a tipicidade material, imprescindível para o reconhecimento judicial do delito, exige, cumulativamente,

---

<sup>6</sup> Idem, p. 291.

<sup>7</sup> Idem, p. 292.

<sup>8</sup> Nesse sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *La contextualización del bien jurídico protegido em um derecho penal garantista*. In Ciências Penales: revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica. São José: Colégio de Abogados de Costa Rica/Unicef, ano 10, nº 15, 1988, p. 15-27; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ofensa “concreta e real (não cabe perigo abstrato no direito penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do direito penal) e intolerável”.<sup>10</sup>

Por força do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), não existe crime sem ofensa ao bem jurídico em nome do qual a norma penal foi criada. No caso em exame, a conduta de P. não colocou em risco real e concreto o bem jurídico – saúde pública – que se afirma protegido pela norma penal incriminadora. De igual sorte, não se pode reconhecer a existência de crime sem que o resultado da conduta do agente se mostre capaz de afetar terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Note-se que a conduta do réu toca apenas bens jurídicos individuais.

Verifica-se, também, manifesta contradição entre a criminalização primária que resultou no artigo 28 da Lei 11.343/2006 e diversos princípios constitucionais limitadores do poder de punir do Estado. Nesse caso, cabe ao Poder Judiciário atuar no sentido de dar concretude ao projeto constitucional: para tanto, se mostra necessário afastar a tipicidade da conduta descrita na denúncia.

Trata-se, neste caso, de reconhecer um olhar conglobante,<sup>11</sup> para além da tipicidade formal, capaz de considerar a norma incriminadora que se extrai do artigo 28 de Lei 11.242/2006 em interação com as demais regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio (o que, a toda evidência, inclui os tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário). Por evidente, só pode ser reconhecida a legitimidade de uma norma incriminadora se, e somente se, em

---

<sup>10</sup> BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; e OLIVEIRA, William Terra de. **Drogas: lei 11.343, 23.08.2006**. In *Legislação Criminal Especial* (Coord. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 174.

<sup>11</sup> Sobre o conceito de tipicidade conglobante cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 461 e ss.

harmonia com o conjunto do ordenamento jurídico, em especial, com as regras e os princípios hierarquicamente superiores. A “concepção do Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos deriva da consideração da função geral da ordem jurídica de proteção da dignidade da pessoa, que, em nossa ordem constitucional, surge como um dos fundamentos da República, expresso no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. É esta função geral da ordem jurídica de proteção da dignidade da pessoa que gera os princípios limitadores do poder de punir”,<sup>12</sup> vinculantes do legislador e do julgador.

Nesse sentido:

“O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 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” (TJ/SP, Sexta Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 993.07.126537-3, Rel. José Henrique Torres, j. 31.03.2008).

**Por tudo isso, julgo improcedente a pretensão punitiva deduzida na inicial para absolver sumariamente P. A., com fulcro no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.**

Sem custas.

Anote-se e comunique-se.

P. R. I.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos.

Rio de Janeiro, 31 de JANEIRO de 2012.

**RUBENS R. R. CASARA**

**Juiz de Direito**

---

<sup>12</sup> Cf. 2ª Auditoria da 1ª CJM, processo nº 17/95-5, j. em 07.08.1996.