

Processo Número:

Autor: Justiça Pública

Réu: F.S.C

Tráfico de maconha. Desclassificação para uso próprio pelo Ministério Público após a instrução. Inexistência de crime. Comprar e portar maconha para uso próprio não configura crime. Inexistência de tipicidade e inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Matéria em Repercussão Geral do STF. Só pode ser punido pelo tráfico quem o pratica. A Constituição Federal não pode ser ferida pela “guerra às drogas”. Absolvição do acusado.

A representante do Ministério Público nesta Comarca ofereceu Denúncia contra F.S.C, qualificado nos autos, sob alegação da prática do crime previsto na Lei nº 11.343/2006, artigo 33, caput. Consta da Denúncia que a polícia civil estaria recebendo denúncias anônimas acerca do comércio de drogas no Bairro da Mansão, nesta cidade, e um policial civil acompanhado de funcionário público municipal realizaram ronda no local; que por volta das 16 h, nas proximidades da Igreja Assembleia de Deus, o policial abordou o denunciado, que se encontrava em atitude suspeita, tendo sido encontrado em seu poder vinte trouxas da erva maconha prontas para serem comercializadas. Ao final da audiência de instrução e julgamento, a ilustre representante do Ministério Público, diferente daquela que ofereceu a Denúncia, requereu a desclassificação do delito e condenação do denunciado nas penas previstas para o crime do artigo 28 da mesma lei.

É o Relatório. Decido.

De fato, após a oitiva das testemunhas e do acusado, alternativa não resta senão desconsiderar a acusação da prática do crime de tráfico de maconha. A prova testemunhal se resumiu ao depoimento dos mesmos agentes que efetuaram a prisão do acusado, que observaram não ter lhe visto vendendo maconha e que nunca ouviram falar a respeito. O acusado, de sua vez, assumiu ser usuário e que teria comprado a maconha para seu uso próprio, bem como informou que é serralheiro autônomo, possui todas as ferramentas do seu ofício e que não necessita do tráfico para sua sobrevivência.

O que se discute, portanto, afastado o crime de tráfico, é se o acusado, de fato, ao portar maconha para seu próprio consumo, cometeu algum crime passível de punição, ou seja, comprar e portar maconha para consumo próprio é crime? Pergunta-se!

Pois bem, ainda na vigência da Lei nº 6368/76, a então Juíza de Direito Maria Lúcia Karam, em sentença histórica, absolveu acusada da prática do crime previsto no artigo 16 da referida lei, flagrada com pequena quantidade de maconha e cocaína para uso próprio, sob argumento da “*falta de tipicidade penal*”.

Na sentença, observou a ilustre juíza:

“É comum ouvir afirmações de que a impunidade da posse de drogas para uso pessoal incentivaria a disseminação de tais substâncias. Entretanto, uma análise mais racional revela que tal afirmativa não parte de dados concretos, sendo mera suposição, suposição que também seria possível fazer num sentido oposto, pois não é razoável pensar que a ameaça de punição pode, não só ser inócua no sentido de evitar o consumo, como até funcionar como uma atração a mais,

notadamente entre os jovens e adolescentes, setor onde o problema é especialmente preocupante.

Também não há dados concretos que demonstrem que a punição do consumidor tenha alguma consequência relevante no combate ao tráfico. A simples observação dos processos que tramitam na Justiça Criminal permite afirmar que é raríssimo encontrar casos em que a prisão do consumidor leva à identificação do fornecedor.

Se o consumidor pode vir a ser um traficante, deverá ser punido no momento que assim se tornar, pois aí sim estará deixando a esfera individual para atingir a bens jurídicos alheios, devendo a punição alcançar qualquer conduta que encerre a destinação da droga a terceiros, pouco importando se o fornecimento se dá a título oneroso ou gratuito, em grande ou pequena quantidade.” [1]

Nesta mesma linha, agora na vigência da Lei nº 11.343/06, em 31.03.2008, a 6ª Câmara Criminal do TJSP, avançou e aprofundou o debate para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da referida lei.

“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)

Seguindo em frente, em 31 de janeiro de 2012, o Juiz Rubens Casara, da 43ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, também absolveu sumariamente o acusado da prática do crime previsto no artigo 28 da lei nº 11.343/06, respaldando-se no disposto no artigo 397, III, do Código de Processo Penal Brasileiro, ou seja, “o fato narrado não constitui crime”.

Lê-se na sentença do ilustre Juiz:

“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.” [2]

Por fim, como consequência deste debate, a arguição da inconstitucionalidade aportou no STF, que lhe deu status de “Repercussão Geral”. Sendo assim, portanto, a discussão atual acerca da inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 afeta o Supremo Tribunal Federal, que não deve demorar na apreciação do caso. [3]

No despacho que reconheceu a Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário 63659-SP, observou o ilustre Ministro Gilmar Mendes:

“No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal.

Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria Constitucional.” [4]

Enquanto o STF não se manifesta, resta-nos, aos que defendem a inconstitucionalidade, enfrentar o debate o oferecer, mesmo em sentenças, elementos para a compreensão da magnitude do problema e busca de soluções.

Assim, não se quer defender ou fazer apologia ao uso de drogas ilícitas ou, muito menos, desconhecer os danos que a dependência química tem causado aos jovens das camadas mais pobres desse país. De outro lado, em vista da realidade que nos salta aos olhos no dia a dia forense, bem como no contato com entidades, oficiais e civis, que atuam com jovens dependentes, a exemplo do Creas, CRAS e associações de moradores, não há mais como defender a punição como solução para o problema da dependência química de jovens pobres e excluídos.

Não são esses jovens, chega-se à conclusão, “clientes” do sistema punitivo ou penitenciário, mas “clientes” em potencial, mesmo que retardatários, de políticas públicas para, primeiro, evitar que se tornem dependentes químicos e, depois, cuidar deles para que resgatem sua autoestima e lhe sejam oferecidas as oportunidades sociais que lhe foram negadas desde a mais tenra infância.

Em consequência dessa política desastrosa e equivocada no tratamento ao tráfico, a chamada “guerra às drogas”, o Brasil tinha em dezembro de 2011, segundo dados do Ministério da Justiça,[5] 514.582 presos e 125.744 por motivo do crime de tráfico de entorpecentes, ou seja, 24,43% da população carcerária. Significa dizer, portanto, que um quarto dos presos do sistema penitenciário não cometeu crimes com violência à pessoa ou ao patrimônio. Ainda segundo os dados do Ministério da Justiça, o sistema possui 306.497 vagas, mas o contingente preso é de 514.582. Em consequência de tudo isso – pobreza, exclusão, falta de oportunidades, prisões desnecessárias, excesso de presos e precariedade do sistema – o índice de reincidência é de mais de 70%, ou seja, de cada dez presos submetidos às mais precárias condições de cumprimento da pena em regime fechado, sete deles voltam a delinquir.

Assim, a solução punitiva e a política de “guerra às drogas” não tem se mostrado eficientes para reduzir o tráfico ou o número de dependentes, visto que tomando-se por parâmetro as apreensões, a produção e o consumo crescem em níveis galopantes. Da mesma forma, o sistema não tem se mostrado eficiente na recuperação de quem prende. Muito ao contrário, egressos do sistema são estereotipados e, se não eram incluídos antes no mercado de trabalho, pior agora na condição de ex-presidiário.

Em que pese tudo isso, a vontade e supremacia da Constituição devem permanecer como o norte e o esteio do ordenamento jurídico. Neste dilema – combate ao tráfico e respeito à Constituição – é papel de todos que lidam com o Direito buscarem soluções diferentes da simples condenação e encarceramento de milhares de jovens que muitas vezes vendem pequenas quantidades para manter a própria dependência ou que se tornam traficantes de verdade por falta de alternativas e oportunidades sociais.

Por fim, nesses caminhos até então trilhados, a efetividade do projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdade, fundada na cidadania e dignidade da pessoa humana, parece não ter mais sentido e não ser mais a vontade da própria Constituição. Os que lidam com o Direito e que lhe veem sentido, no entanto, não podem aceitar pacificamente este fato. É preciso efetivar e fazer acontecer a vontade da Constituição. Não temos alternativa e nada justifica o esquecimento do projeto constitucional brasileiro, resultado de um processo histórico concretizado na Constituinte de 1987/88.

Pois bem, além desses aspectos reais, políticos e sociais, para os quais o juiz não pode fechar os olhos, em termos técnicos jurídicos, são fortemente consistentes os argumentos expendidos nos julgados da 6ª Câmara Criminal de São Paulo e do Juiz Rubens Casara, ou seja, a violação dos preceitos constitucionais da inviolabilidade da vida privada das pessoas e ausência de tipicidade da conduta.

De outro lado, o argumento de que o usuário fortalece o tráfico e que, por isso mesmo, deve ser punido, é frágil e inconsistente, seja em face de argumentos jurídicos ou lógicos. Ora, em primeiro, ninguém poderá ser punido por crime que não cometeu, ou seja, só quem comete o crime de tráfico pode ser punido pela própria conduta; em segundo, a condição de usuário é subjetiva e diz respeito apenas a quem usa, encerrando-se as consequências do ato no próprio usuário.

Por fim, no caso em apreço, trata-se de um jovem usuário de maconha, residente nesta cidade, trabalhador autônomo e com uma única ocorrência registrada no sistema policial: preso por porte de maconha. Ora, o acusado confessou ser usuário, mas é pessoa que trabalha, tem endereço certo e nunca cometeu crime com violência contra a pessoa ou contra o patrimônio de quem quer que seja. Sendo assim, qual o bem jurídico que ofende ao comprar quantidade de maconha para seu uso próprio? Qual o prejuízo que causa à saúde pública ao fumar seu cigarro de maconha em sua própria residência? Finalmente, qual o crime que cometeu para ser punido?

Isto posto, em face da atipicidade da conduta e inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, exercendo o controle difuso da constitucionalidade, também em face do disposto no artigo 6º da Lei Estadual nº 10.845/07, Lei de Organização e Divisão Judiciária da Bahia (“*os juízes togados poderão, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, negar aplicação às leis que entenderem manifestamente inconstitucionais.*”), com fundamento no artigo 397, III, do Código de Processo Penal, **ABSOLVO** o acusado para determinar o arquivamento dos presentes autos.

Sem custas e sem honorários. Transitada em julgado, archive-se.

Conceição do Coité, 17 de maio de 2012

Bel. Gerivaldo Alves Neiva
Juiz de Direito

[1] http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/13_Posse_drogras_uso_pessoal.pdf?1286477441 > acesso em 17.05.2012.

[2] http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/37_Atipicidade%20drogas%20-20Rubens%20Casara.pdf?1328309169 > acesso em 17.05.2012.

[3] <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28635659%29&base=baseRepercussao> > acesso em 17.05.2012.

[4] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565> > acesso em 17.05.2012.

[5] <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID={916E202D-BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}> > acesso em 17.05.2012