



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO

## 37ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

Processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208

### DECISÃO

*“Nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”.*<sup>1</sup>

O **princípio da lesividade ou ofensividade** em matéria penal decorre, em nossa estrutura normativa, segundo grande parte da doutrina, do que estatui o inciso I do artigo 98 da Constituição Federal ao fazer menção a “*crimes de menor potencial ofensivo*” (exigindo, desta feita, que mesmo os delitos de menor potencial disponham de mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado pena norma incriminadora) e, de outro lado, do que estatui o artigo 13 do Código Penal ao mencionar “*resultado, de que depende a existência do crime*” (indicando a exigibilidade de uma consequência ou, no mínimo, de sua potencialidade concreta para a configuração do delito).

Mas, mesmo que estivéssemos diante da ausência de normatividade a tal respeito, como sustenta Luigi Ferrajoli “*trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epicuro, e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que vêem no dano causado a terceiros as razões, critérios e a medida das proibições e das penas*”<sup>2</sup>, daí sendo cunhada a expressão *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria* (nula a pena, nulo o crime, nula a lei penal sem lesão).

Assim, segundo Affonso Celso Favoretto, o princípio da lesividade ou ofensividade seria “*o postulado que sustenta que a criminalização de uma conduta só se justifica caso esta venha a gerar a lesão ou, no mínimo, um perigo concreto e real a um determinado bem jurídico tutelado pelo Direito Penal*”, sendo que (citando Francesco Palazzo) “*a nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o de-*

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, Vol. I., 2.ª edição, 2003, pág. 226.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2002, pág. 373.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

*ver de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”.*<sup>3</sup>

Daí advém a problemática pertinente aos crimes de perigo abstrato nos quais, segundo conceituação de Juarez Cirino dos Santos, “*a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido*”,<sup>4</sup> sendo que tal presunção se daria *juris et de jure*, ou seja, sem a necessidade de qualquer comprovação no plano empírico da existência de lesão ou ameaça de lesão concreta ao objeto jurídico da tutela penal.

A contradição face ao princípio constitucional da ofensividade ou lesividade, portanto, se mostra **flagrante**, já que nas palavras de Luis Roberto Barroso “*ao mesmo tempo que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o Direito Penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade*”.<sup>5</sup>

Geraldo Prado, quando da concessão unânime da ordem no *Habeas Corpus* nº 0034780-15.2010.8.19.0000, julgado pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sustentou: “*a proteção do bem jurídico não justifica a criminalização de determinadas condutas a qualquer custo; ao contrário, orienta a sua limitação, exigindo a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico para a configuração de crimes, sem que, com isso, se abra mão da punição de condutas tidas por socialmente reprovadas em maior nível de gravidade.*

*Por isso, Cezar Roberto Bittencourt, ao definir o princípio da ofensividade, destaca que ‘somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado’ e defende que ‘são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um estado Democrático de Direito, somente se admite a um bem jurídico determinado’.*<sup>6</sup>

<sup>3</sup> FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2012, pág. 169.

<sup>4</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*, Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 3ª edição, 2008, pág. 112.

<sup>5</sup> *apud* LOPES, Carlos André e CURI, Vinícius Fernandes Cherem. *Da legitimidade Constitucional dos crimes de perigo abstrato*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, consultado em 26/09/2012.

<sup>6</sup> Acórdão contido no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003C713B1903C64E369B3F8FEBD78F0C1AEE3C4024E5163>, consultado em 30/09/2012.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Contudo, daí não decorre a inafastável necessidade de supressão de todo e qualquer crime de perigo abstrato do ordenamento penal pátrio, até porque tal implicaria em profundo contrassenso já que a própria Constituição Federal faz expressa menção a um delito de perigo abstrato, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes (inciso XLIII do artigo 5º da Carta)

Por outro lado, ainda que duvidemos da capacidade de concretização deste tipo de incriminação já que, como bem sabemos, “*la ley es como la serpiente: solo pica a los descalzos*”,<sup>7</sup> tais delitos se mostram lamentavelmente indispensáveis dentro de uma sociedade globalizada e de risco em que não se pode aguardar que ações ou omissões empresariais profundamente danosas (e possivelmente irreversíveis), v.g., ao meio ambiente, à ordem econômica ou aos consumidores se concretizem para, só então, serem objeto da tutela legal.

Como afirmam Rafael Magalhães Abrantes Pinheiro e Fábio Guedes de Paula Machado, “*estamos diante de outra sociedade, em que os critérios clássicos de imputação não mais fazem frente aos riscos de ‘megadimensões’, aos riscos difusos e à criminalidade organizada. O caso da Talidomida, do azeite de ‘colza’, o caso Erdal ou Lederspray, o caso Holzschitzittel, são demonstrações de que o Direito Penal deva intervir justamente na tensão entre ‘segurança e risco’ (Coria, 1999, p.177-180) para a proteção de bens jurídicos.*

*Nesse sentido, a defesa de uma função minimalista do Direito Penal, tal qual propugna Hassemer (1989b, p. 279), acabaria por abalar a estrutura do próprio Direito Penal.*

*Todavia, esse ramo do direito só pode se expandir dentro das balizas impostas pelo legislador constitucional. Não pode o Direito Penal ser entendido como uma técnica autoreferente que não retire seu fundamento da Constituição, e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana”.*<sup>8</sup>

Outra advertência se impõe, nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini: “*A constatação de que a vida em sociedade exige a preservação não apenas de bens individuais, mas também de outros bens coletivos ou difusos - concepção que acompanha um modelo desenvolvimentista de Estado - traz para o direito penal a tarefa de se ocupar da proteção desses novos institutos.*

---

<sup>7</sup> Em tradução livre: “a lei é como a serpente: somente pica aos descalços” – ditado salvadorenho.

<sup>8</sup> PINHEIRO, Rafael Magalhães Abrantes, e MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Sociedade de Risco e Crimes de Perigo Abstrato*, disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4387/6672>, consultado em 28/09/2012.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

*No entanto, a tendência à "espiritualização" dos bens jurídicos, ou seja, a progressiva proteção de bens não individuais deve ser acompanhada com cautela para que o conceito de bem jurídico não perca sua utilidade de limitação do direito penal, como ocorreu na Alemanha nazista sob o sistema dogmático da Escola de Kiel. Admitir a proteção de bens coletivos não significa aceitar qualquer valor como bem jurídico. É preciso lembrar que o direito penal protege bens e valores importantes para o desenvolvimento do ser humano, portanto, mesmo os bens jurídicos coletivos - meio ambiente, ordem econômica - devem ser protegidos quando ameaçada sua funcionalidade para o desenvolvimento humano. Em suma, é preciso compreender que os bens jurídicos coletivos tem um forte lastro antropológico e sob esse prisma devem ser reconhecidos".<sup>9</sup>*

Justamente por tais razões é que **se impõe uma interpretação conforme a constituição face aos delitos de perigo abstrato**, eis que, na lição de Geraldo Prado no acórdão acima referido, *"se há o reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Magna Carta, ela é relativa e, portanto, sanável – não por meio da negação de sua aplicação, mas pela sua incidência sobre a hipótese submetida ao Judiciário, desde que num determinado significado ou sentido abrangido pela Carta Política.*

*Busca-se, portanto, por meio da interpretação conforme a Constituição, uma harmonia entre a norma interpretada e a constitucional. Encontrar essa compatibilidade pressupõe, evidentemente – e ao contrário das hipóteses em que se declara a inconstitucionalidade – a existência de caminhos diversos à disposição do intérprete, de sorte que, segundo o método que ele julgar mais adequado – no caso o sistemático –, um deles será o eleito para dar solução ao conflito entre os diferentes sentidos que a norma pode oferecer".*

*"A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico", diz Alexandre de Moraes, "e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico".<sup>10</sup>*

<sup>9</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*, disponível em <http://www.btadvogados.com.br/content/crime-de-perigo-abstrato>, consultado em 28/09/2012.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 23ª edição 2008, pág. 16.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO

É justamente em situações tais que há de ser concretizada a interpretação conforme a constituição, de modo a extrair do texto normativo leitura que o compatibilize com a Constituição Federal, bem como afastar leituras que com esta conflitem.

Nos ensina Luis Roberto Barroso que “à vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.<sup>11</sup>

Pois bem: Luiz Flávio Gomes, socorrendo-se da lição de Palazzo, sustenta que “...o princípio da ofensividade no Direito penal tem a pretensão de irradiar suas concretas conseqüências (seus efeitos) em dois diferentes planos: serve “não só de guia na atividade legiferante, orientando, portanto, o legislador, no exato momento da formulação do tipo legal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo aos bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para exortá-lo a verificar em cada caso concreto a existência (no fato histórico) da ‘necessária lesividade’ ao bem jurídico protegido”.<sup>12</sup>

Justamente por isto, resume o referido autor (grifei): “**todo tipo legal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo concreto (ainda que indeterminado, que é o limite mínimo para se admitir um delito, ou seja, a intervenção do Direito Penal)**”.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, pág. 140.

<sup>12</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. In *As ciências criminais no século XXI*. V. 6. RT. São Paulo, 2002, pág. 27/8.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio et all. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2008, pág. 376.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO

**Na hipótese dos autos**, que abrange conduta que, em tese, se adequa ao tipo contido no artigo 28 da Lei 11.343/2006, diz-se comumente que o bem jurídico tutelado é a saúde pública<sup>14</sup>, o que, entretanto, não passa de uma insustentável **abstração**, já que **concretamente**, no âmbito do tipo penal em comento, deve esta ser entendida como o somatório das saúdes pessoais de cada cidadão e, sob tal prisma, afastada aquela abstração, vemos que a tutela se faz, em realidade, à saúde dos usuários de drogas, ou seja, especificamente **à saúde de cada um deles**, sendo **este** o perigo **concreto** a ser analisado.<sup>15</sup>

Neste sentido a lição de Maria Lúcia Karam: “(...) *é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, 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 como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal*”.<sup>16</sup>

Pois bem: um cidadão pode tentar se suicidar, e não será incriminado por isto. Pode se auto lesionar, e não será criminalizado por isto (exceção feita a tipo inserido no Código Penal Militar, quando existente o especial fim de agir de criar incapacidade física que inabilite para o serviço militar). Pode fazer uso abusivo de álcool ou de cigarros (o que potencialmente os levará à morte por cirrose, câncer, ou outras doenças igualmente graves e penosas, como expressamente o admite e adverte o Ministério da Saúde), e não será acusado criminalmente por isto (aqui a questão é ainda mais complexa, pois nos remete ao tema das “drogas lícitas x drogas ilícitas”, que será mais à frente analisado).

Isto é assim porque o Direito Penal optou por não incriminar/apenar pessoas que já se encontram em situação de vida particularmente delicada, na

---

<sup>14</sup> Neste sentido, com relação ao artigo 16 da Lei 6.368/76: GRECO FILHO, Vicente; *Tóxicos*, São Paulo: Saraiva, 11ª Edição, 1996, pág. 115; JESUS, Damásio de; *Lei Antitóxicos Comentada*, São Paulo: Saraiva, 1ª Edição, 1995, pág. 68.

<sup>15</sup> Não adentraremos aqui na questão pertinente ao crime de bagatela. Muito embora seja outro forte argumento no sentido da ausência de tipicidade material na conduta, inclusive adotada por arestos do Superior Tribunal de Justiça (v. REsp 154.840 e REsp 164.861), a fundamentação aqui seguirá sentido diverso.

<sup>16</sup> KARAM, Maria Lúcia, *De Crimes, Penas e Fantasias*, Niterói: Luam, 1ª edição, 1991, pág. 126.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

qual a atuação do Estado enquanto agente repressor somente contribuiria para piorar as coisas. Afinal, uma pessoa que tentou se suicidar, que se auto lesionou, que faz uso abusivo de drogas ainda que lícitas sem que em nenhuma destas situações afete direitos de terceiros, não necessita de reprimenda, mas no máximo de ajuda, tratamento e proteção, ou seja, tudo o que o Direito Penal não pode dar.

**O mesmo raciocínio se aplica ao uso de drogas.**

Se determinadas substâncias de fato causam profundo prejuízo à saúde (sendo novamente aqui estranho que algumas drogas mais nocivas não sejam tornadas ilícitas, enquanto outras menos nocivas o são), ainda que opte o Estado por criminalizar o tráfico (alternativa também discutível, porém estranha aos limites desta causa), não pode punir a autolesão, ou seja, o uso das drogas, porque tal vai de encontro com toda a sistemática que aponta no sentido da ausência de tipicidade conglobante (ou tipicidade material) na conduta dos que praticam lesões contra si mesmos, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana acionar o Direito Penal em detrimento de cidadãos que necessitam, na pior das hipóteses (porque inclusive contra isto possuem, a princípio, plena liberdade para se opor) de auxílio e tratamento, **nunca** de punição – mesmo que aquelas mal disfarçadas, contidas nos incisos do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Aqui nos deparamos com alguns argumentos que, com a devida vênia, não possuem outra qualificação senão o título de **hipócritas**: “*o uso de drogas lícitas não pode se confundir com o uso de drogas ilícitas, porque o uso destas é muito mais gravoso que o daquelas*”, dizem alguns.

Ora, ora... O uso abusivo de álcool causa a morte de **milhões** de pessoas anualmente em todo o mundo em razão de intercorrências médicas daí derivadas (e nem entraremos aqui na questão das mortes causadas pela embriaguez ao volante) – mas as bebidas alcólicas são vendidas a maiores de idade livremente a cada esquina, independentemente do teor alcoólico.

Por sua vez o tabagismo leva, igualmente, **milhões** de pessoas ao óbito anualmente por decorrência do vício até bem pouco tempo incentivado em anúncios e expressões artísticas, a ponto do Ministério da Saúde, na atualidade, fazer campanhas e advertências no verso de cada maço informando que o cigarro pode causar pneumonia, bronquite, câncer, aborto, enfisema, infarto, gangrena, impotência sexual, envelhecimento precoce, além de prejuízos os mais variados ao feto – porém os maços estão ao alcance de todos, em qualquer bar, jornaleiro, posto de gasolina...



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO

Enquanto isto, acaso tomemos o exemplo da maconha, atualmente inúmeras pesquisas científicas sérias indicam que seu potencial de dano é infinitamente menor que o do álcool ou do cigarro comum – e jamais se soube que alguém tenha morrido em razão tão-só de seu uso.

Qual a lógica, então, das opções legislativas no sentido da incriminação de algumas drogas, e não de outras, senão a lógica das finanças, do lobby, dos financiamentos de campanhas políticas, de políticos comprometidos com conglomerados empresariais transnacionais – e fatores ainda piores?

**Tal situação viola frontalmente diversos princípios constitucionais**, como sustenta Salo de Carvalho: *“Aliados aos argumentos decorrentes do princípio da lesividade e da autonomia individual, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CR) permitem a densificação da tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física ou psíquica. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Todavia é nos princípios de tutela da intimidade e da vida privada que os argumentos ganham maior relevância.*

*Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima”.*<sup>17</sup>

Mais **hipocrisia**: *“o consumo de drogas financia o tráfico e crimes correlatos”*, dizem outros.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Salo de; *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2013, págs. 409/410.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

Ora, enquanto determinadas substâncias forem mantidas na ilicitude, i.e., enquanto a opção legislativa em vigor caminhar no sentido da criminalização da venda de substâncias apontadas como ilícitas, é verdade: o consumo financiará o tráfico, isto enquanto poderia estar a, licitamente, financiar o Estado através do pagamento de impostos, a financiar pesquisas, o tratamento de dependentes químicos, financiar campanhas sobretudo educativas em detrimento de concepções, ideias, ideais e programas preventivistas<sup>18</sup> ou (pior) punitivistas<sup>19</sup>, o controle da qualidade dos entorpecentes, programas de redução de danos, etc.<sup>20</sup>

Logo, mais uma vez aqui se trata de uma **opção política**, que não é feita principalmente em virtude de pressões externas decorrentes de uma “*guerra às drogas*” incrementadora de danos e sofrimentos (sobretudo por intermédio da criminalização dos mais pobres)<sup>21</sup> que vem sendo paulatinamente abandonada, ao menos no âmbito de sua política interna<sup>22</sup>, por seu maior fomenta-

---

<sup>18</sup> “A alardeada necessidade de prevenção às drogas, no sentido de evitar que o próprio uso aconteça, é um obstáculo epistemológico por excelência, porque ela produz continuamente concepções ou sistematizações fictícias como abstinência, dependência inexorável, internação como ideal de tratamento, assim como as condições de sua credibilidade. Parte-se de um critério de verdade que abre caminho para soluções violentas e imediatistas e que não incluem a construção de um projeto de futuro” (ACSELRAD, Gilberta, *Drogas: a Educação para a Autonomia como Garantia de Direitos*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 96).

<sup>19</sup> “A proibição causa mais mortes do que a cocaína. Quantos anos teriam sido necessários para que o México tivesse quarenta mil mortos por overdose de cocaína? Acho que quase um século. No entanto, em quase cinco anos, o México teve quarenta mil ou sessenta mil mortos, decapitados, castrados. Horrível!” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Guerra às Drogas e Letalidade do Sistema Penal*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 115).

<sup>20</sup> “Os custos da proibição para reduzir a produção e o consumo, as baixas da guerra, bem como a perda de potenciais receitas tributárias, sem deixar de considerar o sucesso de políticas mais tolerantes alcançadas no controle do número de usuários, que em sua maioria não são dependentes, conduzem a uma conclusão lógica e humana. É preciso dizer não à guerra contra as drogas e aderir às políticas de relativo sucesso para os usuários dessas drogas proibidas, como as aplicadas para os usuários das drogas permitidas, como, por exemplo, o álcool e o cigarro” (LOBATO, Ronald, *A Economia das Drogas Tornadas Ilícitas*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 86).

<sup>21</sup> “Passados 100 anos de proibição, com seus mais de 40 anos de guerra, os resultados são mortes, prisões superlotadas, doenças contagiosas se espalhando, milhares de vidas destruídas e nenhuma redução na circulação das substâncias proibidas. Ao contrário, nesses anos todos, as drogas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, comerciantes e consumidores serem combatidos como “inimigos” nessa nociva e sanguinária guerra” (KARAM, Maria Lúcia, *Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 11).

<sup>22</sup> “É importante percebermos que os Estados Unidos estão legalizando inclusive o uso recreativo da maconha, o que sempre foi um tabu. Então, Rosa Del Olmo, que sempre olhou para a questão das drogas em uma perspectiva geopolítica latino-americana, nos faz refletir se vamos esperar primeiro o Império legalizar, dominar a hegemonia dos meios de produção, antes de nós (BATISTA, Vera Malaguti, *O Exercício da Brutalidade*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 113).



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PODER JUDICIÁRIO

dor (e, não por coincidência, um dos maiores vendedores de armamentos do mundo): os Estados Unidos da América.

Cabe lembrar que, se afastando do posicionamento até hoje equivocadamente adotado pela Organização das Nações Unidas - ONU, oriundo de “filosofia” imposta pelos EUA, em recente documento internacional fruto de sua Assembleia Geral realizada na Guatemala no ano de 2013, a Organização dos Estados Americanos - OEA, na Declaração de Antígua, estabeleceu que “*1. é fundamental que no Hemisfério se continue avançando, de maneira coordenada, na busca de soluções efetivas para o problema mundial das drogas, de acordo com um enfoque integral, fortalecido, equilibrado e multidisciplinar, com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (...)*” (grifei), o que somente vem em respaldo a tudo o que acima consta, eis que o combate ao tráfico ilícito de drogas (enquanto esta for a opção legislativa vigente) envolve, necessariamente, a observância dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, não podendo o usuário de drogas ser utilizado como mero instrumento no combate ao tráfico, posto que **incompatível tal opção com o princípio da dignidade da pessoa humana.**

Lembremos aqui as palavras de Kant: “*Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim*”.<sup>23</sup>

Mas a **hipocrisia** parece não ter fim: “*as drogas leves são porta de entrada para drogas mais pesadas e para a prática de crimes mais graves*” – dizem, ainda hoje em dia, uns poucos. Afirmção digna da “melhor” filosofia de botequim, oriunda de senso comum rasteiro e preconceituoso, não dispõe de mínima comprovação científica<sup>24</sup>. Contudo, uma coisa é absolutamente certa: a

<sup>23</sup> KANT, Immanuel; *Fundamentação da metafísica dos costumes* e outros escritos, São Paulo: Martin Claret, 1ª edição, 2004, pág. 58.

<sup>24</sup> “*Aposta-se, por exemplo, que a maconha é a porta de entrada para as demais drogas, inclusive para o crack. Todavia, não existe qualquer estudo sério que aposte na teoria da “porta de entrada”. Ao contrário, existe uma pesquisa do Instituto de Medicina da Academia Nacional das Ciências dos Estados Unidos que concluiu que os padrões na progressão do uso de drogas desde a adolescência até a idade adulta são regulares. Ainda segundo esse estudo, pelo fato da maconha ser a droga ilícita mais fácil de ser encontrada, é natural (e previsível) que a maioria dos usuários de drogas ilícitas comece por ela. Essa mesma pesquisa apontou que a maioria dos usuários de drogas começa pelo álcool e pela nicotina antes da maconha. E nós poderíamos apontar que provavelmente antes do álcool e da nicotina muitos já tinha experimentado café e açúcar, que também são drogas. De igual sorte, uma outra pesquisa, essa da Organização Mundial da Saúde (OMS), apontou que a ideia da maconha ser a “porta de entrada” para drogas mais pesadas (no caso da pesquisa, a relação era com a heroína) é a*



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

repressão, a criminalização, dificulta ainda mais o tratamento dos dependentes químicos, pois não se pode minimamente acreditar como válida ou frutífera qualquer terapêutica que se inicie com a intervenção da Polícia Militar, passe pela Delegacia de Polícia Civil e perpassa pela Vara ou Juizado Criminal, com toda a carga estigmatizante e traumatizante aí embutida (isto quando o “tratamento” não se inicia através de recolhimentos e internações compulsórias, frutos de políticas fascistas e higienistas adotadas, em pleno século XXI, por certos prefeitos e governadores).<sup>25</sup>

Em suma, deixando a hipocrisia de lado, não afetando a conduta incriminada pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 bens jurídicos de terceiros, e sendo lícita a prática da autolesão, não guardando tal ação pertinência com a saúde ou incolumidade pública, estamos no âmbito do direito constitucionalmente assegurado à dignidade humana, à liberdade, à privacidade e à intimidade de cada cidadão, inexistindo bem jurídico concreta e legitimamente tutelável; logo, carecendo a conduta tipificada de ofensividade, e violando a incriminação os supra citados princípios constitucionais, carece aquele tipo penal de respaldo na Carta Maior, impondo-se o reconhecimento de sua **inconstitucionalidade**, o **que ora declaro**.

Neste sentido caminha a melhor jurisprudência pátria, cabendo citar a título meramente exemplificativo os seguintes julgados:

PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSENCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME)

---

*menos provável das hipóteses. Segundo essa pesquisa, é muito mais provável que o mercado ilegal de droga, que a ilegalidade, seja a verdadeira “porta de entrada para drogas mais pesadas”, na medida em que a proibição força o encontro do usuário de drogas leves com comerciantes de todos os tipos de drogas” (CASARA, Rubens R.R.; Convenções da ONU e leis internas sobre Drogas ilícitas: violações à razão e às normas fundamentais, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, págs. 31/32).*

<sup>25</sup> *“Vemos essas ações absurdas dos governos de promover internação compulsória dessas populações excluídas, criando vários campos de concentração, porque eles são mandados não para um hospital, mas para verdadeiros depósitos do modelo manicomial mais abjeto que existe. Muita gente sabe que é muito mais uma medida de exclusão social, de higienização, do que de atenção, de algum cuidado que eles precisem. A partir daí, se autoriza essa intervenção do Estado tão negativa; a partir de uma inversão do discurso, atribuindo a situação de miséria social à droga, como se a droga estivesse colocando aquele indivíduo naquela situação de miséria social. Contudo, sabemos que não é isso, aquelas pessoas estão naquela situação porque não têm acesso à moradia, à educação, à saúde – elas estão privadas da própria cidadania. É claro, pessoas com tal nível de vulnerabilidade social são um prato cheio para na hora em que entrarem em contato com a droga se tornarem dependentes. Mas, a dependência é uma consequência, não a causa dessa situação” (XAVIER, Dartiú, Drogas e Proteção à Saúde, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 79).*



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho.

*Omissis.*

(Apelação Crime nº 70004802740, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 07/05/2003).

1.- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante.

2.- O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade e afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade, 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 nº 01113563.3/0-0000-000, 6ª Câmara Criminal do 3º Grupo da Seção Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: José Henrique Rodrigues Torres, julgado em 31/03/2008)

Vale lembrar, a título comparativo, a situação atual da jurisprudência na Argentina, nas palavras de Zaffaroni: “*Tivemos várias leis, que foram mu-*



ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PODER JUDICIÁRIO**

*dando as leis segundo a pressão que faziam os Estados Unidos. Finalmente, hoje temos uma lei, bastante irracional como todas, mas, felizmente, a punição do consumidor na lei atual é baixa, e a Corte Suprema declarou que a punição do consumidor, que a punição da posse para o próprio consumo é inconstitucional”.*<sup>26</sup>

Pelo que foi exposto e devidamente fundamentado, declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, e sendo portanto **atípica** a conduta aqui apurada, **rejeito a denúncia ofertada em desfavor de** [REDACTED] com fundamento no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal. Sem custas.

P.I. Vista ao Ministério Público.

Preclusa, comunique-se, anote-se, dê-se baixa, officie-se determinando a inutilização da substância apreendida e archive-se.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2014.

**MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO**  
JUIZ DE DIREITO

---

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Guerra às Drogas e Letalidade do Sistema Penal*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pág. 117.