

## A Droga, A Ignorância, A Hipocrisia e o Direito Penal Medieval

**Rômulo de Andrade Moreira**

"Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que supostamente induziu seu filho ao vício, do que perceber e tratar dos conflitos familiares latentes que, mais provavelmente, motivaram o vício. Como, certamente, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal."

Em reportagem assinada pelo jornalista Filipe Coutinho, correspondente do Jornal A Folha de São Paulo em Brasília, na edição do dia 29 de janeiro de 2014, noticiou-se que um réu foi absolvido (por tráfico!) após um Juiz de Brasília considerar a maconha uma droga "recreativa" e que não poderia estar na lista de substâncias proibidas, utilizada como referência na Lei de Drogas. Segundo a matéria jornalística, a decisão, do Juiz de Direito, Dr. Frederico Ernesto Cardoso Maciel, da 4ª. Vara de Entorpecentes de Brasília (logo, logo vai ser removido, digo eu), foi tomada em outubro e o Ministério Público recorreu (óbvio! - afinal de contas, incumbi-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis - art. art. 127, CF/88). Na sentença, o juiz compara o uso da maconha com o cigarro e álcool (o que é foi um erro gravíssimo, pois o cigarro e o álcool, comprovadamente, são mais lesivos à saúde do homem), para concluir que há uma "cultura atrasada" no Brasil. Escreveu o Magistrado: "soa incoerente o fato de outras substâncias entorpecentes, como o álcool e o tabaco, serem não só permitidas e vendidas, gerando milhões de lucro para os empresários dos ramos, mas consumidas e adoradas pela população, o que demonstra também que a proibição de outras substâncias entorpecentes recreativas, como o THC, são fruto de uma cultura atrasada e de política equivocada e violam o princípio da igualdade, restringindo o direito de uma grande parte da população de utilizar outras substâncias." (Aqui, certíssima a sua sentença).

Ele cita vários exemplos que comprovariam o uso da maconha como droga recreativa e medicinal, além do baixo potencial viciante. A sentença exemplifica os casos do Uruguai, Califórnia e até a posição do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (faltou citar Bill Clinton, Jimmy Carter e outros ex-chefes de Estado como Colômbia, México e Suíça - Conferir o documentário Quebrando Tabu).

O Juiz sentenciante entendeu que não houve justificativa para a inclusão do THC, substância da maconha, na lista proibida, pois como essa lista restringe o direito das pessoas usarem substâncias, essa inclusão deveria ser justificada. Segundo ele, "a portaria 344/98, indubitavelmente um ato administrativo que restringe direitos, carece de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo."

Desde a promulgação da nova Lei de Drogas, entendemos que a posse de droga (e não somente a maconha) para uso próprio deixou de ser crime e foi, portanto, descriminalizada, em razão do que dispõe o art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal. Ocorreu uma abolição criminis.

Com efeito, os conceitos de crime e contravenção são dados pela Lei de Introdução ao Código Penal que define crime como sendo "a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente." (art. 1º. do Decreto-Lei nº 3.914/41).

Como se sabe, há dois critérios utilizados pela doutrina e pelo Direito Positivo para distinguir o crime da contravenção: critérios substanciais (que, por sua vez, subdividem-se em conceituais, teleológicos e éticos) e formais, como o nosso e o Código Francês.

O Código Penal da Suíça, no art. 9º. disciplina igualmente: "sont réputées crimes les infractions passibles de la réclusion. Sont réputées délits les infractions passibles de l'emprisonnement comme peine la *plus grave*."

Em França a classificação é tripartida: crimes, delitos e contravenções (art. 1º.). Evidentemente que mesmo os critérios formais "pressupõem naturalmente atrás deles critérios substanciais de avaliação a que o legislador tenha atendido para efeitos de ameaçar uma certa infracção com esta ou aquela pena", como anota o mestre português Eduardo Correia (Direito Criminal, Coimbra: Almedina, 1971, p. 214).

Estas definições, por se encontrarem na Lei de Introdução ao Código Penal, evidentemente regem e são válidas para todo o sistema jurídico-penal brasileiro, ou seja, do ponto de vista do nosso Direito Positivo quando se quer saber o que seja crime ou contravenção, deve-se ler o disposto no art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal.

O mestre Hungria já se perguntava e ele próprio respondia: "Como se pode, então, identificar o crime ou a contravenção, quando se trate de ilícito penal encontrado em legislação esparsa, isto é, não contemplado no Código Penal (reservado aos crimes) ou na Lei das Contravenções Penais? O critério prático adotado pelo legislador brasileiro é o da "distinctio delictorum ex poena" (segundo o sistema dos direitos francês e italiano): a reclusão e a detenção são as penas privativas de liberdade correspondentes ao crime, e a prisão simples a correspondente à contravenção, enquanto a pena de multa não é jamais cominada isoladamente ao crime." (Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., p. 39).

Por sua vez, Tourinho Filho afirma: "Não cremos, *data venia*, que o art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal seja uma *lex specialis*. Trata-se, no nosso entendimento, de regra elucidativa sobre o critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro e que tem sido preferido pelas mais avançadas legislações." (Processo Penal, Vol. 4, São Paulo: Saraiva, 20ª. ed., p.p. 212-213).

Manoel Carlos da Costa Leite também trilha na mesma linha, afirmando: "No Direito brasileiro, as penas cominadas separam as duas espécies de infração. Pena de reclusão ou detenção: crime. Pena de prisão simples ou de multa ou ambas cumulativamente: contravenção." (Manual das Contravenções Penais, São Paulo: Saraiva, 1962, p. 03).

Eis outro ensinamento doutrinário: "Como é sabido, o Brasil adotou o sistema dicotômico de distinção das infrações penais, ou seja, dividem-se elas em crimes e contravenções penais. No Direito pátrio o método diferenciador das duas categorias de infrações é o normativo e não o ontológico, valendo dizer, não se questiona a essência da infração ou a quantidade da sanção cominada, mas sim a espécie de punição." (Eduardo Reale Ferrari e Christiano Jorge Santos, "As Infrações Penais Previstas na Lei Pelé", Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n. 109, dezembro/2001).

Comentando sobre a teoria do fato jurídico, o Professor Marcos Bernardes de Mello, assevera que a "distinção entre crime e contravenção penal, espécies do ilícito criminal, é valorativa, em razão da importância e gravidade do fato delituoso. Os fatos ilícitos de maior relevância são classificados como crimes, reservando-se as contravenções para os casos menos graves. Em decorrência disso, as penas mais enérgicas (reclusão e detenção) são imputadas aos crimes, enquanto as mais leves (prisão simples e multa) são atribuídas às contravenções." (Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência), São Paulo: Saraiva, 10ª. ed., 2000, p. 222).

Desgraçadamente o Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu contrariamente, entendendo ter havido apenas uma despenalização e não descriminalização: "PRIMEIRA TURMA -QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105-9 RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. VOTO: (...) O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Parte da doutrina tem sustentado que o art. 28 da L. 11.343/06 aboliu o caráter criminoso da conduta anteriormente incriminada no art. 16 da L. 6.368/76, consistente em "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com

determinação legal ou regulamentar". Dispõe o art. 28 da L. 11.343/06, verbis: (...) A controvérsia foi bem exposta em artigo do Professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches (GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal *sui generis* ou infração administrativa? Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez. 2006), do qual extrato, verbis: "Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma infração administrativa? A celeuma ainda não chegou a seu final. Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes: a) ele está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado "Dos crimes e das penas"; b) o art. 28, parágrafo 4º, fala em reincidência (nos moldes do art. 63 do CP e 7º da LCP e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal); c) o art. 30 da Lei 11.343/06 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam; d) o art. 28 deve ser processado e julgado nos termos do procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, próprio para crimes de menor potencial ofensivo; e) cuida-se de crime com astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; f) a CF de 88 prevê, no seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28). Para essa primeira corrente não teria havido descriminalização, sim, somente uma despenalização moderada. Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode

admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos: a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ("Dos crimes e das penas") não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos "crimes de responsabilidade", que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em "mandato" expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico; b) a reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção); c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos; d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso; e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de "criminoso", a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais; f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou

detenção ou mesmo em prisão simples); g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*; h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples. A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como "crime" significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como "criminoso". Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*." II A tese de que o fato passou a constituir infração penal *sui generis* implica sérias conseqüências, que estão longe de se restringirem à esfera puramente acadêmica. De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90), considera-se "ato infracional" apenas "a conduta descrita como crime ou contravenção penal". De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos "às normas da legislação especial" (CF/88, art. 2281; e C.Penal, art. 27(2) - vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90, art. 104(3) -, sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da L. 11.343/06. Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança - diversamente de um maior de 18 anos -, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma. Isso para mencionar apenas uma das inúmeras conseqüências práticas, às quais se aliam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*. III Estou convencido,

contudo, de que a conduta antes descrita no art. 16 da L. 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova. Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L. 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção. A norma contida no art. 1º do LICP - que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária(4) - se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da "privação ou restrição da liberdade", a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela "lei" (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). IV De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado - inadvertidamente - a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 - oriundo do Senado), verbis ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)): "(...) Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas - Título IV. (...) Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário - o Brasil é, inclusive, signatário



de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...)." Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las - advertia com precisão o saudoso Ministro Carlos Maximiliano -, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta. Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas" e, a partir daí, analisar se, na Lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime. De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. O uso, por exemplo, da expressão "reincidência", não parece ter um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do C.Penal (C.Penal, art. 12: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso"). Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo(5), possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do 107 e seguintes do C.Penal (L. 11.343/06, art. 30(6)). Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos - o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição -, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes. O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento - antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º(7); e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24(8) - da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal. Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107, III). V De outro lado, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, que fixou em 2 anos o prazo de

prescrição da pretensão punitiva, reconheço, desde logo, a extinção da punibilidade dos fatos. Os fatos ocorreram há mais de 2 anos (f. 78v e ss.), que se exauriram sem qualquer causa interruptiva da prescrição. Perdeu objeto, pois, o recurso extraordinário que, por isso, julgo prejudicado: é o meu voto. Notas de rodapé [1] CF/88: "Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". [2] C.Penal: "Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". [3] L. 8.069/90: "Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei". [4] Quanto se trata de incompatibilidade formal da legislação infraconstitucional com a Constituição superveniente - anota Luis Roberto Barroso (cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 83/85)-, o "consenso doutrinário é amplo" no sentido da "subsistência válida da norma que haja sido produzida em adequação com o processo vigente no momento de sua elaboração". Nesse sentido decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal em pelo menos dois precedentes - relativos ao recebimento como legislação ordinária das normas de conteúdo processual contidas em seu Regimento Interno (cf. AO 32 -AgR, 30.08.90, Marco Aurélio, DJ 28.09.90; RE 212.455 -EDV-ED-AgR, 14.11.02, Marco Aurélio, DJ 11.04.03) -, não existe no Brasil "o instituto da inconstitucionalidade formal superveniente". [5] L. 11.343: "Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais. § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias

necessários. § 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente. § 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado. § 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta." [6] L. 11.343/06: "Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal". [7] CF/88: "Art. 223. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". [8] L. 9.605/98: "Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade." "Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente. § 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos. Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I -

custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional." Voto - sem revisão - do Ministro Carlos Britto À revisão de apertes dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator), Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. VOTO: O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também penso que esse art. 28 da Lei nº 11.343 é claro no sentido da criminalização da conduta, até coerente com a inserção topográfica da matéria. Afinal, o nome do título é: Dos Crimes e Das Penas. E esse art. 28 não só descreve o crime, como comina a pena. O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Manda estabelecer o processo dos crimes de menor potencial ofensivo. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - E quanto à distinção entre descriminalização e despenalização está perfeita, porque Vossa Excelência reduz a despenalização, dá um sentido restrito, apenas para afastar aquelas penas restritivas de liberdade. O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - É o que se tem usado como forma de redução da pena privativa de liberdade a ultima ratio. Isso é que a doutrina tem chamado, impropriamente embora, de despenalização. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - No mais, esse voto de Vossa Excelência é verdadeiramente antológico, brilhante, de uma densidade de raciocínio. O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Realmente a conduta é lesiva. Há um certo componente de lesividade que atinge a sociedade e permite a tipificação como crime. Não é uma conduta que diz respeito só à própria pessoa. O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - E ainda há esse argumento de Direito Internacional acentuado pelo Deputado. O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É o princípio da austeridade e da lesividade. O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - A que o Brasil se obrigou. O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Obrigou-se, seria uma ruptura da

convenção. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - A descriminalização traria um efeito colateral maligno, do ponto de vista social: estimularia o consumo e, por conseqüência, o tráfico de drogas. Acompanho, com todo louvor, o voto de Vossa Excelência. Voto do Ministro Marco Aurélio (sem revisão) À revisão de apertes do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator). O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não bastasse o que se contém no artigo 16 da própria Lei nº 6.368, temos que o novo diploma legal, a Lei nº 11.343, cogita de pena. Mais do que isso, como ressaltado por Vossa Excelência e frisado também pelo Ministro Carlos Ayres Britto, a disciplina da matéria está em um capítulo revelador: Dos Crimes e das Penas. E Vossa Excelência esgotou a matéria, apontando que o que tivemos na espécie foi uma substituição da apenação primitiva da Lei nº 6.358 pelo que se contém no artigo 28 do novo diploma legal. Quanto à matéria, deu-se, até mesmo, a revogação explícita da Lei nº 6.368, portanto, a derrogação da Lei nº 6.368. Mas, para mim, suficiente é a premissa segundo a qual não se encontra em diploma algum palavras inócuas, palavras sem o sentido técnico, além do sentido vernacular. O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Além de submetido ao processo dos crimes de menor potencial ofensivo. O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não bastasse a prestação de serviços à comunidade, que também é uma pena utilizada na legislação comum. O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - E uma das penas possíveis previstas na Constituição. O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Subscrevo o voto bem fundamentado proferido por Vossa Excelência e conluo, tal como fez Vossa Excelência, no sentido da incidência da prescrição."

Na esteira deste julgamento, também o Superior Tribunal de Justiça: A controvérsia acerca da competência para o processamento e julgamento de feito no qual o réu foi denunciado por porte de entorpecente para uso próprio foi dirimida pela entrada em vigor da Lei nº 11.343/06 que fixa, em seu art. 48, a competência do Juizado Especial Criminal, nos termos dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95.II. Recurso provido, nos termos do voto do Relator."(REsp 882502/MG, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 05/02/2007).

Nada obstante tais decisões, o certo é que em virtude do bem jurídico tutelado é que se mostra "inadmissível a punição da posse de drogas para uso pessoal, seja pela inafetação (sic) do bem jurídico protegido (a saúde pública), seja por sua contrariedade comum ordenamento jurídico garantidor da não intervenção do Direito em condutas que não afetem a terceiros", como explica Maria Lúcia Karam, em sua excelente obra "De Crimes, Penas e Fantasias", Rio de Janeiro: LUAM, 1991. Karam complementa afirmando com absoluta propriedade que a "aquisição ou posse de drogas para uso pessoal, da mesma forma que a autolesão ou a tentativa de suicídio, situa-se na esfera de privacidade de cada um, não podendo o Direito nela intervir." (pp. 60 e 128). É o que se chama em Direito Penal de "Paternalismo Direto", ou seja, "a utilização de sanções penais para a criminalização da conduta de uma pessoa que se auto lesiona ou que tenta se auto lesionar.(...) Roxin observa que comportamentos auto lesivos devem ser vistos como parte da autodeterminação do ser humano e, conseqüentemente, não são objetos adequados para sanções penais (...)" (Andrew von Hirsch, "Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?", São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 67 - 2007).

Argumenta-se que o uso de drogas poderia causar "consequências negativas" e "atos de vitimização de outras pessoas", ou seja, "o uso de drogas deveria ser proibido porque leva a outras consequências criminógenas a que se seguem comportamentos classicamente lesivos, como formas graves de furto, lesão corporal, vandalismo, etc."

Como contesta Andrew von Hirsch, se esta fosse uma justificativa séria para a criminalização do uso de drogas, seríamos forçados a admitir "a responsabilidade dos consumidores de drogas por decisões intermediárias. (...)". A conduta, então, seria criminalizada "porque provoca outros atores (que não são controlados pelo agente original) a adotar comportamentos que causam lesões ou perigos. Ao se imputar, em tais situações, a responsabilidade penal ao agente original, ignora-se o princípio da responsabilidade pessoal própria, já que ele não cometeu

pessoalmente qualquer injusto e as consequências lesivas são causadas por meio de atos errados de outros." (ob. cit.).

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um condenado em primeira instância por envolvimento com cocaína por entender que portar e consumir droga não é crime. O autor da polêmica decisão, seguida por três desembargadores da 6ª Câmara, foi o Juiz José Henrique Rodrigues Torres, que considerou inconstitucional o artigo 28 da lei 11.343/06. O julgamento da apelação foi em 31 de março de 2008 e o Ministério Público pode recorrer ao Supremo Tribunal Federal. "A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal", diz trecho da decisão, revelada ontem pelo jornal "O Estado de S. Paulo". Para o Magistrado, essa criminalização é inconstitucional porque o usuário de drogas ilícitas não coloca terceiros em risco. "Assim, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse potencial traficante, implica frontal violação do princípio da ofensividade." Ainda na visão do Juiz, as drogas lícitas (como bebidas alcoólicas) também causam dependência física e psíquica, mas, mesmo assim, têm tratamento diferente. Além disso, ninguém pode ter sua intimidade violada, já que o uso de drogas é uma questão pessoal. A discussão ocorreu no julgamento da apelação feita por Ronaldo Lopes, condenado por tráfico de drogas. Lopes foi preso em 17 fevereiro de 2007 com três papéletes de cocaína, com 7,7 gramas.

Parte da decisão do TJ foi baseada no entendimento da Juíza aposentada e advogada Maria Lúcia Karan, que defende a legalização da fabricação, comércio e consumo de drogas. (Folha de São Paulo - 24/05/2008). Aliás, na Argentina, dois juízes federais de Buenos Aires absolveram um homem que havia sido processado por ter uma plantação de maconha na varanda de seu apartamento na capital argentina. Na decisão divulgada nesta terça-feira, os juízes Eduardo Farah e Eduardo Freiler consideraram inconstitucional que o réu (cuja identidade não foi revelada) fosse punido por ter seis vasos com a planta Cannabis sativa para uso pessoal, concordando com o argumento da defesa de que a plantação não atentava

contra a "saúde pública". Farah e Freiler entenderam, segundo a imprensa argentina, que este cultivo não é crime porque o homem não planejava comercializar o produto e atuava no "âmbito de sua privacidade". Os magistrados se basearam na Constituição argentina para sustentar a defesa de "atos privados" que "não afetam a terceiros". Em uma decisão anterior, outro juiz federal, Sérgio Torres, havia processado o homem e sugerido que ele se submetesse a um tratamento de reabilitação. Esse processo foi baseado em um artigo do Código Penal argentino que proíbe o cultivo de plantas ou armazenamento de sementes para produzir entorpecentes para consumo pessoal --e que prevê penas de um mês a dois anos de prisão. O caso ainda pode agora levado a instâncias superiores, como a Câmara de Cassação Penal ou a Suprema Corte de Justiça, ou ser concluído, se não houver novas apelações. A decisão da Justiça Federal de Buenos Aires ocorre três meses depois que o ministro da Justiça, Aníbal Fernández, defendeu a descriminação do consumo de drogas e a atenção médica aos usuários de substâncias químicas, durante uma reunião extraordinária sobre o consumo de drogas e o narcotráfico organizada pelas Nações Unidas (ONU), em Viena, na Áustria. Fonte: Folha On Line.

Posteriormente, no julgamento da Causa nº 9.080, realizado no dia 25 de agosto de 2009 (caso Arriola e outros) a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecente para uso pessoal, tipificado no art. 14, § 2º, da Lei nº. 23.737/1989. Na decisão unânime, os Magistrados entenderam que a norma penal era incompatível com o art. 19 da Constituição Argentina: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe." A decisão, no entanto, descriminalizou a posse de droga para uso pessoal apenas para os maiores de 16 anos. Não foi uma decisão que legalizou a conduta, apenas a posse ou o porte de pequena quantidade, para uso pessoal, está fora do âmbito de incidência do Direito Penal. É bom lembrar que isto já ocorreu em outros países, inclusive do nosso



continente, como no México que, em agosto de 2009, descriminalizou a posse de drogas para uso pessoal até o limite de quinhentos miligramas de cocaína ou de cinco gramas de maconha. Também no Peru, Costa Rica e Uruguai. Na Colômbia desde 1974 a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio.

Sei que não se conclui um texto acadêmico com citações, mas eu nem sei as regras da ABNT (nem me interessam, nem interessavam a Calmon de Passos. Portanto, aí vão:

"Na verdade a avalanche de pitos, reprimendas e agressões só me estimulam a combatividade" (Caetano Veloso - Jornal A Tarde, 13/10/2013, p. B9).

"Os idealistas são tratados como cupins nas instituições: todos tentam matá-los, com veneno, mas eles não morrem, ao contrário, se organizam, olham um para a cara do outro e dizem: vamos roer! Um dia o todo poderoso senta na sua cadeira e cai porque a pata da cadeira está roída". (Calmon de Passos - Congresso de Advogados, em 1992, em Porto Alegre).