

Descriminalização do ‘uso da maconha’(STF): quais as consequências jurídicas?

Os condenados poderão solicitar ao Juiz a extinção da punibilidade; também poderão fazer uso, se for o caso, da revisão administrativa.

Introdução

1.) No Brasil e no mundo, o consumo de drogas (uso pessoal) tem sido objeto de debates, tanto na sociedade, quanto no Parlamento: há anos, perfilham-se doutrinas, teses, documentos, decisões judiciais - aqui e acolá - legislações de outros países, ora criminalizando, ora descriminalizando o uso de drogas.

Ao que parece, há tendência geral dos países à descriminalização; porém, tramita no Congresso Nacional brasileiro Projeto de Emenda Constitucional, visando à criminalização para qualquer quantidade de drogas apreendidas.

Este estudo limita-se analisar aspectos da legislação a respeito desse intrigante tema, especialmente devido à recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, que decidiu no sentido de declarar inconstitucional o consumo de maconha para uso próprio.

Legislação

2.) A antiga Lei 6.368/76 tinha a seguinte redação:

‘adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Por conseguinte, naquela época, havia possibilidade concreta de usuários de drogas serem presos, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas. Essa situação perdurou até o advento da Lei 9.714/98, a qual, por sua vez, introduziu modificações substanciais no Código Penal, cujo artigo 43 ‘permitiu’¹ ao Magistrado substituir a pena privativa de liberdade (prisão) por penas restritivas de direito, entre as quais:

‘IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.’

¹ Na verdade, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é direito subjetivo do réu, e não medida discricionária, ao talante, da autoridade judiciária.

3.) Logo, a partir da Lei 9.714/98, a situação dos usuários foi mais favorável; em muitos casos, enquadravam-se nos requisitos legais, visando à substituição da prisão por penas restritivas de direito, estampados no artigo 44, do Código Penal:

‘Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#);

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#);

II – o réu não for reincidente em crime doloso; [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#);

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. [\(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998\)](#).’

4.) Apesar disso, o legislador verificou a desnecessidade de os usuários de drogas serem presos: com o advento da Lei 11.343/2006, verificou-se uma

‘guinada legislativa’, pois a norma deixou de referir à pena privativa de liberdade:

‘Art.28. ‘quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.’

Essas sanções - de menor envergadura - evidenciam, sem sombra de dúvidas, o desejo do legislador de tratar os viciados químicos de forma humanitária, a fim de acomodar os interesses da comunidade, por conta do notório fracasso das políticas públicas no combate ao tráfico de drogas: a princípio, imaginava-se correto combatê-lo mediante enclausuramento do usuário, numa perspectiva equivocada sob o prisma social e jurídico, com grandes prejuízos aos viciados químicos e aos interesses sociais.

A questão é que o problema permaneceu; mantendo-se o porte de drogas para consumo próprio como infração penal, a prática de outro crime, após o

trânsito em julgado da decisão, no Judiciário, configura *reincidência* do réu (art.63, CPB),² a qual, além de ser agravante de pena criminal (art.61, I, CPB), impossibilita, ou dificulta, a obtenção de ‘benefícios penais’, notadamente, a própria substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, II, CPB),³ e a suspensão condicional da pena (art.77, I, CPB).

Decisão do Supremo Tribunal Federal

5.) Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu⁴ (Tema 506, Repercussão Geral):

Tese de julgamento:

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções

² Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

³ Situação que pude ver, como Promotor de Justiça (SP), nos anos 80: antes da Lei 9.714/98, muitos usuários acabavam na prisão; aliás, ainda hoje, isso tem ocorrido, como noticiou o Conselho Nacional de Justiça. De todo modo, mesmo tendo havido a reincidência, o juiz poderá, conforme as circunstâncias [jurídicas e fáticas], aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado (art.44,§3º,com redação da Lei 9.714/98).

⁴ Não trago, nesse excerto, a questão de a decisão do STF ter invadido ou não competência legislativa. A respeito, o bem-elaborado voto do Min Fux.

de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III).

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta.

3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença.

4. Nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito.

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores.

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário”.

Identidade Ontológica: ilícitos e sanções administrativos e penais

Feitas essas considerações, analisar-se-ão pontos considerados importantes, contidos na r. decisão.

6.) Nelson Hungria:

“Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também

uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena, seja de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, e.g, a multa administrativa e a multa do direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior gravidade, e não diversidade de fundo. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser penas, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, a semelhança das penas criminais (...).”⁵

O que se observa dessas competentes lições do jurista brasileiro é a existência de *identidade ontológica entre as infrações criminais e administrativas e penalidades criminais e administrativas*, referido pelo autor, no referido artigo.

Dessa maneira, a essência é a mesma, quer nas infrações quer nas sanções penais e administrativas, como muito bem anotado pelo eminente Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁵ “Ilícito administrativo”, *RDA*, seleção histórica (1945-1995), p.17.

“Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela *autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais.*”⁶

7.) Logo, o que aparta a infração/sanção penal da infração/sanção administrativa é, unicamente, a *autoridade competente para impor a penalidade*, como mencionado pelo ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Trata-se, portanto, de *critério formal*, acolhido, inclusive, por autores de escol, a exemplo de Lorenzo Del Federico, no campo do Direito Tributário.⁷

Heraldo Garcia Vitta refere às ‘características’ da *sanção administrativa*:

“1) trata-se de consequência em virtude da *prática de ilícito*; portanto, decorre do descumprimento do mandamento da norma jurídica. Essa

⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p.898. Grifos nossos.

⁷ “pur trattandosi di un dato puramente formale, si trata dell’unico sicuro elemento strutturalmente caratterizzante le sanzioni amministrative rispetto ad ogni altro tipo di sanzione” (*Le Sanzioni Amministrative nel Diritto Tributario*, p.22, rodapé 15, Giuffrè, 1993).

consequência é estipulada pela ordem normativa, por conta das normas estabelecidas pelo legislador;

2) somente será qualificada como ‘sanção administrativa’ a que possa ser *imposta por autoridade administrativa, na função administrativa; ou por autoridades legislativa ou judiciária, quando exercerem funções administrativas;*

3) o direito pode estipular a consequência desfavorável tanto ao infrator, com ao responsável. Aquele é quem, efetivamente, contraria o mandamento da norma, realiza conduta que é pressuposto da sanção; enquanto o responsável responde, sofre consequência determinada na ordem legal, ainda que não tenha praticado a conduta ilícita;⁸

4) a finalidade da sanção administrativa não é punir o sujeito infrator ou responsável. Tempo desculpo desestimular as pessoas acometer em futuras violações. *A finalidade é preventiva.*⁹

Assim, conforme se observa no item 2 das palavras do citado autor, *autoridades legislativas e judiciárias exercem função administrativa* (quando realizam, por exemplo: licitações públicas, contratos administrativos, ‘contratação’ de servidores públicos) e, nessa qualidade,

⁸ Situação de difícil ocorrência no caso do porte de maconha.

⁹ *A Sanção no Direito Administrativo*, p.66, Malheiros, 2003 (grifos nossos).

dentre outras atividades, apuram *infrações administrativas e impõem penalidades administrativas*.

8.) O Supremo Tribunal Federal, na r. decisão, julgou inconstitucional a dicção do artigo 28, da Lei de Drogas, no sentido de que o fato típico, contido na norma, tem ‘natureza extrapenal’ [infração administrativa]; logo, as sanções detêm o mesmo caráter [pena administrativa].

Delegado de Polícia e Magistrado, cada qual na sua órbita de atuação, quanto à maconha para uso próprio, nos *limites objetivos* demarcados no tema do *decisum*, são consideradas *autoridades administrativas* e, assim, incumbem-lhes *funções administrativas*.¹⁰

Regime Jurídico

Transmudou-se o *regime jurídico*; o que era considerado Direito Penal passou a ser *Direito Administrativo*! No caso, aquelas autoridades exercem

¹⁰ Delegado de Polícia é *autoridade administrativa*, até porque o inquérito policial é *procedimento administrativo*: no dizer de Tourinho Filho, “o inquérito policial tem *natureza administrativa*”(Manual de Processo Penal, p.49, 2ªed., Saraiva,2001); presidido, regra básica, por *Delegado de Polícia*: art.2º, da Lei 12.830/13: ‘As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.’

Polícia Administrativa (Poder de Polícia) e, assim, estão jungidas às competências jurídicas e práticas dessa seara do Direito Público.

Com efeito, no Poder de Polícia (*Polícia Administrativa*), explica Renato Alessi, a Administração estabelece apenas o perfil jurídico da tutela do próprio ordenamento jurídico, quanto à liberdade [sentido amplo]¹¹ e à propriedade, para a convivência social.

No exercício desse mister, a Administração Pública detém funções *preventivas* (inclusive medidas acautelatórias, em situações urgentes) e *repressivas*;¹² neste caso, podem ser citadas as sanções (penalidades) de natureza administrativa – como as do artigo 28, I e III, da Lei de Drogas.

Heraldo Garcia Vitta:

“O exercício da *polícia administrativa* demanda, dentre outras ações de caráter administrativo, *fiscalização* de atividades, *ordens*, *proibições e imposição de penalidades* aos infratores das regras de polícia, além de *medidas acautelatórias*, coercitivas, muitas vezes, exigindo, dessa forma, atuação firme do Estado, no interesse social.”¹³

¹¹ Liberdade de locomoção; de expressão; profissional, dentre outras.

¹² Advirta-se: sanções administrativas têm *finalidade preventiva*, e não punitiva. Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p.896)

¹³ *Poder de Polícia*, p.140. Grifos originais

9.) O Magistrado, ao atuar na ‘qualidade’ de *autoridade administrativa*, com competência para impor *penalidade administrativa* ao usuário da maconha, submete-se aos *princípios* regedores do denominado *Direito Administrativo Sancionador* - alguns deles idênticos aos do Direito Penal - , quais sejam: legalidade e tipicidade; devido processo legal e ampla defesa; controle jurisdicional dos atos; presunção de inocência; irretroatividade da lei mais gravosa ao infrator; retroatividade da norma favorável ao infrator; ‘non bis in idem’; pessoalidade [e responsabilidade de terceiros, se for o caso].¹⁴

Controle jurisdicional

10.) Não é momento para destrinchar esses princípios jurídicos, aplicáveis ao tema infrações e sanções administrativas; deve-se, no entanto, alertar para o *princípio da universalidade da jurisdição*, conhecido como *monopólio judiciário do controle jurisdicional*, insculpido no artigo 5º, XXXV, do Texto Constitucional:

‘XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’

¹⁴ O rol dos princípios cada autor enumera por questões didáticas; o acima indicado encontra-se no trabalho de Heraldo Garcia Vitta (*A Sanção no Direito Administrativo*, cit., p.69 e ss).

José Afonso da Silva expõe, com a particular proficiência, ao referir ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal:

“A primeira garantia que o texto revela é de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não (...).”¹⁵

Logo, da eventual imposição de *penalidade administrativa de porte de drogas (art.28, I e III, da Lei 11.343/06), pela autoridade administrativa (Magistrado do Juizado Especial Criminal)*, o interessado poderá ingressar com ação judicial, perante o órgão competente do Poder Judiciário [varas cíveis da Justiça Comum Estadual], o qual, na *função jurisdicional*, decidirá a respeito do acerto ou do equívoco da *decisão administrativa* proferida pelo Magistrado (na função administrativa).

Noutro dizer: o infrator condenado poderá impugnar a decisão do Magistrado, que lhe ‘aplicou’ as sanções do artigo 28, mediante a *propositura de ação judicial, no Poder Judiciário*.

¹⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.437

Isso porque, dizem os doutrinadores, com acerto, os atos editados na função administrativa são sindicáveis pelo órgão judicial, pois *não detêm caráter de definitividade*.

Assim, da *decisão administrativa final desfavorável*, ou de eventual *ameaça* a seu direito, o infrator poderá ingressar com *ação judicial*, a fim de que o Judiciário analise os fatos, as circunstâncias, enfim, todos os elementos configuradores da infração e da sanção administrativa.¹⁶

11.) Nessa linha – ainda por decorrência da decisão do STF, o qual determinou a aplicação, *por ora*,¹⁷ da sistemática da Lei dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, o procedimento da Lei 9.099/95 (item 3 da Tese de Julgamento) – o ‘Delegado de Polícia’ (autoridade administrativa), ao verificar que a conduta ilícita é porte para uso pessoal, após a apreensão da droga [materialidade delitiva], notificará o infrator para comparecer ao Magistrado do Juizado Especial Criminal.

O Magistrado, então, terá incumbência de verificar se, efetivamente, o fato se amolda ao artigo 28 da Lei (uso próprio); quando então, após a *ampla defesa* do infrator (oitiva de testemunhas de acusação e da defesa, *com*

¹⁶ Exceto para aqueles que entendem ser possível ao Poder Judiciário, na *função jurisdicional, no bojo de processo judicial, impor penalidades administrativas*. Ao seguir-se essa linha, certamente, não haveria possibilidade de propositura ação judicial para combater ato de autoridade administrativa, porque se consideraria editado o ato por *autoridade judicial, na função judicante, jurisdicional*, cuja decisão definitiva opera a *coisa julgada* material.

¹⁷ Até que o Conselho Nacional de Justiça elabore as regras a respeito (item 3 da Tese de Julgamento).

contraditório, e o ‘interrogatório’ do infrator), com as manifestações do Ministério Público e do Advogado/Defensor, o Juiz decidirá, pela procedência ou improcedência do processo (administrativo).¹⁸

Recurso administrativo

12.) Da referida decisão monocrática, caberá *recurso administrativo* para instância superior [administrativa] do Judiciário: não pode haver decisão administrativa única, por conta do *princípio do devido processo legal* – art.5º, LIV, CF- e do *princípio hierárquico*, próprio das ‘instâncias administrativas’ – inclusive dos órgãos jurisdicionais.¹⁹

Explica o doutrinador italiano Sandulli:

“O fenômeno [procedimento de valorações, juízos, apreciações, de competência de vários órgãos] é *comum a todas as funções do Estado*.

Assim, desse ponto de vista, ao lado do procedimento jurisdicional,

¹⁸ A participação do Ministério Público faz-se necessária, porquanto opinará se o caso comporta infração administrativa, ou crime (tráfico de drogas). Por evidência, a defesa do infrator, por Advogado ou Defensor Público, é imprescindível. Não cabe, aqui, a Súmula Vinculante 5 do STF [dispensa de Advogado], pois refere ao *processo administrativo disciplinar*.

¹⁹ A estrutura do Judiciário, como, de regra, a do Legislativo e a do Executivo (sobretudo), é administrativa. No entanto, não se pode falar, propriamente, em hierarquia administrativa, na função jurisdicional, eis que os Juízes de primeiro grau detêm independência para decidir, segundo seu convencimento. Apesar disso, na estrutura, na organização administrativa, há verticalização dos órgãos públicos, porém à medida das normas processuais (recursos) e do princípio do juiz natural, a exigirem o reconhecimento da independência dos Magistrados para decidirem os processos conforme seu modo de ver o Direito e as circunstâncias do caso concreto.

tradicionalmente admitido, há o procedimento legislativo e o procedimento administrativo.”²⁰

Com efeito, expõe o autor português Paulo Otero:

“a hierarquia é um *modelo de organização vertical* da Administração Pública; a hierarquia consubstancia a uma relação jurídico-funcional entre uma *pluralidade de órgãos da mesma entidade pública*; a hierarquia envolve um especial processo de decisão administrativa decorrente de um órgão ter *competência para dispor da vontade decisória de todos os respectivos órgãos subalternos*.”²¹

Assim, da decisão do Magistrado do Juizado Especial Criminal, poderá haver interposição de *recurso administrativo* à Turma Recursal (órgão colegiado) do mesmo Juizado [recurso voluntário].

Inclusive, o Ministério Público: poderá interpor recurso da decisão administrativa do juízo monocrático - que reconhece infração administrativa (art.28) -, visando modificar a decisão proferida, no sentido de que se cuida

²⁰ *Il Procedimento Amministrativo*, p.14: “Il fenomeno è comune a tutte le funzioni dello Stato. Quindi, da tale punto de vista, esattamente la dottrina più recente ha posto in luce, accanto al procedimento giurisdizionale, tradizionalmente ammesso, l’esistenza di un procedimento legislativo e di un procedimento amministrativo.” [grifos nossos]

²¹ *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p.76. Grifos nossos.

de tráfico de drogas e, assim, de infração criminal [recurso voluntário], de competência do Juízo Criminal.

Autoridades administrativas X jurisdicionais

13.) De outro lado, o ‘Delegado de Polícia’ pode entender que a situação concreta não refere ao porte da maconha para uso pessoal, mas ao tráfico de drogas.²² Neste caso, referida autoridade elaborará o auto de prisão em flagrante do infrator, com toda a tramitação processual penal, enviando o processo à autoridade judiciária competente (juízo criminal).

Contudo, nesse caso, se o *Juiz da Vara Criminal* entender, após a oitiva do Ministério Público, que é caso de porte de maconha, e não tráfico de drogas [como havia entendido o Delegado], deverá conceder liberdade ao infrator, e enviar o processo ao *Juizado Especial Criminal*, órgão competente para julgar a infração administrativa de porte da maconha.

Ainda nessa hipótese, o *Magistrado do Juizado Especial Criminal* [para quem o processo fora enviado] poderá ter o entendimento de que se cuida de tráfico de drogas, e não de porte para consumo... deverá ele *suscitar conflito* de atribuições ou de competência, perante o órgão superior do Judiciário?²³

²² Itens 5 e 6 da Tese de Julgamento.

²³ Para aqueles que perfilham o entendimento de que o Magistrado, em casos tais, exerce função jurisdicional, e não administrativa, a situação não se põe – caberá conflito de

Situação inusitada, porque, quando o Magistrado Criminal enviou o processo ao Juizado Especial Criminal, fê-lo na *função jurisdicional*; enquanto a atuação do Magistrado do Juizado Especial Criminal, no caso, é *administrativa* (item 2 da Tese de Julgamento). Então, *em princípio*, o Juizado Especial Criminal [função administrativa] terá de acatar a decisão do Juízo Criminal [função jurisdicional].

Prevalece, portanto, a decisão jurisdicional em face da decisão administrativa e, assim, deverá o Magistrado do Juizado Especial criminal apreciar a questão sob o prisma da infração e sanção administrativa.

Veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

‘CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO NQ 16 - RO (Registro nQ 91.0014318-9) Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Suscitante: Cooperativa de Produção dos Garimpeiros de Ariquemes Ltda. - COOGARI Suscitados: Juízo Federal da 1!! Vara-RO, Tribunal Regional Federal da 1ª! Região, Governador do Estado de Rondônia Interessados: Ministério Público Federal, União Federal Advogados: Drs. Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outros (Suscte.)

competência ante o Tribunal, na medida em que haverá dois Magistrados, *ambos na função jurisdicional*, declarando-se incompetentes para decidir o caso concreto.

EMENTA: Conflito de atribuições. Inocorrência, no caso. I - O conflito de atribuições ocorre quando autoridades de dois Poderes diferentes, no desempenho de atividades administrativas, se julgam competentes para a edição de ato administrativo análogo, hipótese não caracterizada nestes autos, II - Conflito de que não se conhece.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do conflito de atribuições, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei. Brasília, 26 de novembro de 1991 (data do julgamento). Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.’

Voto do Min. Garcia Vieira:

Embora possa ocorrer conflito de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias (CF, art. 105, I, g), ele se refere exclusivamente à matéria administrativa e não processual. Nele não existe a jurisdição (...). Ele [conflito de atribuições] surge se as autoridades Judiciária e administrativa se julgam ambas competentes ou incompetentes, para o conhecimento e solução da matéria administrativa. A Egrégia Segunda Seção, nos Conflitos de

Atribuições nº 02-DF, DJ de 16.04.90, e 03-DF, DJ de 05.09.90, entendeu não existir conflito de atribuições entre autoridade administrativa e autoridade judiciária, quando esta estiver no exercício de sua função jurisdicional e não administrativa, como no caso destes autos. Caso judicial autoridade administrativa não julga. Esta é uma atribuição privativa da autoridade judiciária. Com razão o honesto e digno Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, ao acentuar em seu parecer de fls. 111/118 que: "Induvidosamente, pelo nosso sistema jurídico-constitucional é ao Poder Judiciário que compete o controle, sob a ótica da legalidade, do ato administrativo, concertando as situações conflitantes com a Lei em geral. No exercício, portanto, do poder jurisdicional que o Estatuto Básico lhe confere, o Juiz, ao adiantar ou entregar a prestação requestada, não pode e não deve ser inibido pela atuação dos órgãos administrativos, e a sua liberdade e independência só encontram limites na lei, a que todos, igualmente, devemos acatamento e respeito. Em regra, a determinação judicial proveniente da jurisdição, para o órgão administrativo praticar ou abster-se de praticar certo ato não implica em usurpação de sua competência ou atribuição; portanto, ato algum lesivo ou ameaçador de direito pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF)."(R. Supl. Trib. Just., Brasília, a. 3, (28): 23-33, dezembro 1991).

Retroatividade da norma favorável

14.) Diante da descriminalização do porte e uso da maconha para consumo próprio, ocorre a *retroatividade da norma jurídica* (Art.5º, XL, CF); trata-se de *princípio geral de Direito*, aplicável em todas as áreas da ‘potestade sancionadora do Estado’ e, assim, as pessoas condenadas por uso pessoal da maconha, poderão solicitar ao Juiz [do processo, ou da execução penal] a extinção da punibilidade; se for o caso, propor, perante o Tribunal, a *ação de revisão criminal* (art.621, e ss CPP), *imprescritível*: mesmo aquelas pessoas condenadas há anos, inclusive sob a égide de regimes jurídicos anteriores, podem manejá-la, a fim de que se rescindam as decisões judiciais condenatórias do uso ou porte da maconha para consumo próprio.

Como diz Pontes de Miranda:

“Com a revisão, o acordão, que condenara, é totalmente desconstituído; a condenação, portanto, desaparece, *ex tunc*; a própria eficácia declarativa estabelece-se em sentido contrário; em vez de se dizer que o crime *existiu*, diz-se que o crime *não existiu*. O que algo dele *não existiu*.”²⁴

²⁴ *Tratado das Ações, Tomo IV, p.794. Grifos originais.*

Por consequência, os usuários condenados limparão o nome (reconfortando a família); não serão considerados reincidentes; e os apontamentos nos arquivos serão extintos.

Competência administrativa dos servidores da saúde

15.) Finalmente, a atuação do Delegado de Polícia e do Magistrado do Juizado Especial Criminal, na função administrativa (Polícia Administrativa), não exclui a dos servidores da saúde, sobretudo dos Estados e Municípios [normalmente, a questão dos usuários de drogas circunscreve-se aos âmbitos regional e local - *predominância do interesse*].

Contudo, no tema ‘saúde pública’, especificamente quanto à *competência legislativa*, a União estabelece normas gerais – âmbito nacional, cabendo aos Estados-membros – âmbito regional - as normas suplementares daquelas (art.24, XII, §§ 1º a 4º, CF); quanto aos Municípios – âmbito local -, estabelecem normas suplementares às da União e às do respectivo Estado (art.30, I e II, CF). Trata-se, conforme se sabe, de *competência legislativa concorrente das unidades federativas*.

Já, na *competência administrativa, material ou de execução, no caso da proteção à saúde*, há verdadeira ‘atribuição’ conjunta das entidades políticas: União, Estados e Municípios editam *atos jurídicos e tomam providências administrativas, materiais*, com a finalidade de cumprir os ditames constitucionais, albergados no artigo 23, II, da Constituição Federal. Cuida-se da competência administrativa comum, cumulativa ou paralela, expressão cunhada tradicionalmente pela doutrina, na qual as unidades federativas atuam em ‘igualdade de posições jurídicas’, obedecendo-se, no entanto, às *leis editadas pelas entidades políticas competentes*:

Fernanda Dias Menezes de Almeida:

“(..). Mas o fato é que as leis complementares [art.23, parágrafo único, da CF] a que se espera a orientação sobre a forma concertada de atuação das entidades federativas não poderão desatender às regras constitucionais de repartição de competência que, estas, sim, efetivamente comandam e limitam a colaboração na espécie. Referimo-nos, em particular, às *regras de competência legislativas pelas quais se haverá de pautar a regulamentação normativa, que é pressuposto para o exercício das competências materiais comuns(...)*.”²⁵

²⁵ *Competências na Constituição de 1988*, p.116. Grifos nossos.

Assim, na atividade material, ou administrativa, de *serviços públicos de saúde*, linhas gerais, a entidades política – ao pretender atuar - deve *observar as respectivas legislações das unidades federativas*, nos termos demarcados na Constituição Federal, pois “não se desprezam, nesse desiderato [administrativo], normas constitucionais atinentes às *competências legislativas*.”²⁶

Portanto, sem prejuízo da atuação do Juizado Especial Criminal, na apuração do ilícito administrativo e na imposição de eventual penalidade administrativa ao usuário da maconha – *Polícia Administrativa* (art.28), servidores estaduais e municipais sanitários, exercentes de *serviços públicos*, podem *editar atos administrativos e tomar medidas* protetivas aos usuários (e família), *observadas, porém, as legislações* elaboradas pelas unidades federativas (nacional, estadual e municipal) de *proteção à saúde*.

Bibliografia

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 34^aed. Malheiros, 2017.

²⁶Heraldo Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, cit., p.127. Grifos originais. O autor refere, também, às *medidas acautelatórias*: nos casos urgentes, necessários, a Administração Pública, no exercício da competência administrativa comum, ou paralela (art.23, CF), prescindirá do aparato legislativo para atuar; assim, se a internação do usuário de drogas for indispensável à segurança e/ou salubridade, o servidor – federal, estadual ou municipal -, sopesando as circunstâncias, deverá interná-lo em local apropriado. Trata-se de situações excepcionais, que exigem pronta atuação do Poder Público, independentemente de lei da entidade política competente para legislar, *aplicáveis apenas nas hipóteses contempladas nos artigos 23 [competência administrativa comum] e 225, §1º [idem, proteção ambiental], do Texto Constitucional* (ob.cit., p.129, rodapé 45).

Federico, Lorenzo Del. *Le Sanzioni Amministrative nel Diritto Tributario*. Milano, Giuffrè, 1993

Fernanda Dias, Menezes de Almeida. *Competências na Constituição de 1988*, 4ªed. Atlas, 207.

Hungria, Nelson. “Ilícito administrativo”, *RDA*, seleção histórica (1945-1995)

Miranda, Pontes de. *Tratado das Ações, Tomo IV*, atual. Nelson Nery Junior e Georges Abboud. Revista dos Tribunais, 2016

Otero, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra Editora, 1992.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 45ªed. JusPodium, 2024

Sandulli, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*. Milano, Giuffrè, 1964.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 2ªed. Saraiva, 2001

Vitta, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. Malheiros, 2003

----- . *Poder de Polícia*. Malheiros, 2009

Heraldo Garcia Vitta. Advogado. Juiz Federal aposentado. Ex-Promotor de Justiça (SP). Especialista, Mestre e Doutor em Direito.

