

Fls.

Processo: 0013074-08.2022.8.19.0209

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Ação Penal - Procedimento Sumário - Posse / Cultivo de Drogas Para Uso Pessoal (Art. 28 - Lei 11.343/2006)

Envolvido: BRUNO MUNIZ DE SOUZA
Autor do Fato: GABRIEL TEIXEIRA DE LIMA
Registro de Ocorrência 042-04473/2022 18/04/2022 42ª Delegacia Policial

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Paulo Roberto Sampaio Jangutta

Em 09/09/2024

Sentença

Trata-se de denúncia ofertada pela Promotoria de Justiça junto ao IX Juizado Especial Criminal da Capital contra o acusado GABRIEL TEIXEIRA DE LIMA, como incurso nas penas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Consta da Denúncia que:

"...No dia 18 de abril de 2022, por volta das 14h30min, na Estrada do Rio Morto, no bairro do Recreio dos Bandeirantes, nesta cidade, o denunciado, consciente e voluntariamente, trazia consigo para consumo pessoal, sem autorização legal ou regulamentar, 3,70 Grama(s) de HAXIXE (Cannabis sativa L.) e 0,56 Grama(s) de THC, conforme laudo acostado às fls. 14/16.

Na ocasião, o policial civil estava em patrulhamento pela localidade, quando avistou o denunciado dirigindo e ao realizar a abordagem e promover a respectiva busca pessoal encontrou no interior do veículo os entorpecentes acima descritos.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do art. 28, caput, da Lei 11.343/2006."

A Denúncia veio instruída com o Inquérito Policial nº 042-04473/2022, do qual se destacam como principais as seguintes peças: Termo Circunstanciado (fls. 05/07); Auto de Apreensão (fl. 08); Laudo de Exame de Material Entorpecente/Psicotrópico (fls. 16/18).

Recebida a Denúncia aos 19.09.2023 às fls. 75/76.

Autos redistribuídos da 23ª Vara Criminal da Comarca para este Juízo.

Instado a se manifestar, o MP opinou pela absolvição sumária, com fundamento na atipicidade da conduta.

É o relatório. Decido.

A conduta narrada na Denúncia encontra adequação típica na figura penal que criminaliza condutas como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal.

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil elencou direitos com a denominação de "fundamentais" em seu artigo 5º. Entre tais direitos encontram-se a liberdade, a igualdade e a privacidade.

O direito penal não deve se preocupar com condutas cujo resultado não represente prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado ou da própria ordem social. Quando a conduta do indivíduo não ofende os bens jurídicos protegidos e mesmo assim é punida pelo Estado, há violação ao princípio da lesividade, vez que a conduta do acusado não gera lesão ao bem jurídico que a norma visa a proteger. No caso em questão, o único lesado é o próprio usuário que porta a droga, tendo em vista que somente ele sofrerá, eventualmente, as consequências diretas do consumo ou porte do entorpecente. Para que uma conduta seja considerada criminosa é necessário que exista uma lesão ou perigo de lesão efetivo a um bem jurídico alheio.

Nesse sentido, posiciona-se o professor Cesar Roberto Bitencourt ao tratar do tema: "A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. (...) Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado". Dessa forma, constata-se que a posse de insignificante quantidade de entorpecentes, aproximadamente, 3,70 Grama(s) de Haxixe (*Cannabis sativa* L.) e 0,56 Grama (s) de THC, não lesiona, nem expõe a risco lesão significativa o bem jurídico supostamente tutelado.

O princípio da adequação social também deve ser analisado neste caso concreto. O direito é fato, valor e norma. Quando a norma cristaliza valores éticos e morais não mais existentes em uma sociedade, não mais faz sentido a sua permanência no sistema jurídico, tendo em vista que ausente a sua eficácia social. Nesse sentido, afirma o Ministro Luís Roberto Barroso que "a norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais de poder". A sociedade não possui mais interesse na punição do usuário de drogas, sendo a conduta do denunciado tolerada socialmente. O jurista Rogério Greco, afirma que "Tivemos a oportunidade de dizer anteriormente que o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado, faz com que o legislador selecione, para fins de proteção pelo Direito Penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade. Além disso, ainda no seu critério de seleção, ele deverá observar aquelas condutas que se consideram socialmente adequadas, para delas também manter afastado o Direito Penal. Assim, uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer a atenção do Direito Penal, em virtude de seu caráter fragmentário".

Da mesma forma, o direito fundamental à igualdade também é violado no tipo penal do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, já que tal delito traz um tratamento desigual ao usuário de drogas ilícitas quando comparado ao usuário de drogas lícitas. É de conhecimento notório que há drogas lícitas, como álcool, que traz mais malefícios à saúde da pessoa e à família do que o uso de muitas drogas ilícitas. É verdade que não existem direitos absolutos - ou, como nos ensina Norberto Bobbio, os únicos direitos absolutos são o de não ser torturado ou escravizado- e que o julgador deve ponderá-los diante do caso concreto quando houver aparente conflito entre a aplicação de um em detrimento do outro direito de mesma índole e hierarquia. Temos, nesse caso concreto, de um lado o direito à intimidade e à vida privada e de outro o direito à saúde pública. Dessa forma, penso que o Estado não possui direito de invadir a vida privada e a intimidade das pessoas, atropelando garantias fundamentais, sob o argumento de que está protegendo a saúde pública. O Estado não deve interferir nas opções exclusivamente pessoais dos indivíduos, isto é, aquelas escolhas que são atinentes ao seu modo de ser, que só lhe dizem respeito e a mais ninguém. Não há qualquer justificativa para limitação de uma liberdade individual, sob pena de sanção criminal, como medida de proteção ao bem jurídico saúde pública, que, ao cabo, é constituído pela saúde de quem faz uso de drogas. O Estado democrático não está autorizado a se substituir ao indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a este último. Em uma democracia, o Estado não pode tolher a

liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. Ninguém pode ser coagido a ser protegido contra sua própria vontade. Assim, há, no caso concreto, preponderância do direito fundamental à igualdade e liberdade.

Com efeito, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal também contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, os quais, no âmbito da criminalização das condutas, também devem ser observados em um Estado Democrático de Direito.

Registre-se que a conduta tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 teve a repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal (tema 506), no Recurso Extraordinário (RE) 635.659. Aos 26.06.2024, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes, relator do referido recurso, deu provimento ao RE, para declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas e absolver o acusado por atipicidade da conduta, fixando-se a seguinte tese:

"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 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 11.343/2006, 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 ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

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".

Neste contexto, podemos destacar que o ministro Gilmar Mendes, relator de referido recurso, entendeu que a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos. Destacou ainda que se trata de uma punição desproporcional ao usuário, ineficaz no combate às drogas, além de infligir o direito constitucional à personalidade. O Excelentíssimo Ministro afirmou que a opção do legislador brasileiro, na Lei 11.343/2006, de manter o uso como tipo penal, apesar de retirar a previsão da pena privativa de liberdade, ainda assim produz efeitos nocivos para o usuário e para a política de drogas. Ressaltou, ainda, que não se justifica na hipótese a movimentação do aparato estatal, com a finalidade de punir conduta que não transborda a vida privada do acusado, não podendo ser desconsiderado o custo de um processo penal.

Cabe salientar, ainda, que o Ministro Luís Roberto Barroso, em suas anotações para seu voto oral, ressaltou que a descriminalização das drogas não tem o objeto de incentivar seu consumo, pelo contrário, o que se pretender é determinar quais medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os objetivos de a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico.

O Excelentíssimo Ministro Barroso entendeu que a criminalização do uso das drogas viola o direito à privacidade, à autonomia individual e o princípio da proporcionalidade. O direito à privacidade identifica um espaço na vida das pessoas imune a interferências externas, seja de outros indivíduos seja do Estado, de modo a que decisões relativas à intimidade do indivíduo permaneçam em sua esfera de decisão e discricionariedade.

Em relação à autonomia individual, o Ministro ressaltou que, como emanção da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom, e não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.

Ademais, destaca-se que a criminalização viola também o princípio da proporcionalidade nos seus três postulados, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A medida não é adequada, uma vez que os números revelam que a medida não tem sido eficaz para promover a proteção da saúde pública, bem como não é necessária, pois existem alternativas que vão desde a previsão de sanções administrativas até o combate via contrapropaganda e cláusulas de advertência. Da mesma forma, a criminalização não é proporcional em sentido estrito, já que o custo tem sido imenso e os resultados têm sido pífios, com o aumento constante do consumo.

Por todo o exposto, ABSOLVO SUMARIAMENTE o acusado GABRIEL TEIXEIRA DE LIMA, como ora o faço, com fulcro no artigo 397 do Código de Processo Penal. Sem custas. Após o trânsito em julgado, ultimem-se os derradeiros trâmites. Dê-se baixa e archive-se.

Rio de Janeiro, 01/10/2024.

Paulo Roberto Sampaio Jangutta - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Paulo Roberto Sampaio Jangutta

Em ____/____/____



Código de Autenticação: **4E55.RAQ6.3969.8734**
Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos

