



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

Autos nº 0602245-17.2018.8.04.0001

Acusado: [REDACTED] e [REDACTED]
[REDACTED]

SENTENÇA

Vistos estes autos,

1. RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Amazonas ofereceu denúncia contra [REDACTED] (brasileiro, nascido em Manaus/AM, no dia 26/02/1997, portador da carteira de identidade (RG) nº [REDACTED], filho de [REDACTED] e [REDACTED]), [REDACTED] (brasileiro, nascido em Manaus/AM, no dia 02/02/1997, portador da carteira de identidade (RG) nº [REDACTED], filho de [REDACTED] e [REDACTED] e [REDACTED] (brasileiro, nascido em Manaus/AM, no dia 18/12/1989, portador da carteira de identidade (RG) nº [REDACTED], filho de [REDACTED] e [REDACTED], dando-os como incurso nas penas dos art. 33, *caput* e art. 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico de drogas).



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

Os réus foram regularmente notificados, e ofereceram defesa preliminar escrita, conforme petição acostada à fl. 118 dos autos.

A denúncia foi recebida nos termos em que foi formulada, conforme decisão de fls. 138/139.

Laudo definitivo de análise de substância entorpecente acostado aos autos às fls. 08/10.

Audiência de instrução e julgamento conforme termo de fls. 183/187, na qual se procedeu à oitiva das testemunhas arroladas no feito e à qualificação e interrogatório dos denunciados.

Encerrados os depoimentos, as partes ofereceram alegações finais orais, transcritas no próprio termo de audiência de instrução e julgamento (vide fls. 184/185).

Em sede de alegações finais, o Órgão Ministerial aduz que tanto a materialidade quanto a autoria estão provadas em relação aos denunciados [REDACTED] e [REDACTED] razão pela qual requer a condenação desses réus nos exatos termos da inicial acusatória. Relativamente ao acusado [REDACTED] todavia, requereu a improcedência da ação.

A Defesa, por sua vez, apresentou alegações finais, igualmente de forma oral, requerendo, em síntese, a absolvição de todos os réus quanto ao crime de tráfico de drogas e a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei Antidrogas, relativamente ao denunciado [REDACTED] asseverando que apenas esse acusado foi flagrado portando substância entorpecente e



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

que, em verdade, trata-se o réu de mero usuário de drogas.

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

É a síntese do necessário.

DECIDO, fazendo-o fundamentadamente, como determina o inciso IX do art. 93 da CF/88.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, não vislumbro nenhum vício capaz de obstar o julgamento do feito, razão pela qual declaro saneado o processo, e passo à análise do *meritum causae*.

A natureza entorpecente do material apreendido nos presentes autos, e a conseqüente materialidade de infração penal prevista na Lei nº 11.343/06 se encontra devidamente comprovada, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 05, e laudo pericial definitivo de exame em substância de fls. 08/10.

Conforme constatado no laudo definitivo acostado às fls. 08/10 os testes realizados nas substâncias apreendidas pelos policiais resultaram positivos para a espécie *Cannabis sp.* (MACONHA), que se encontra relacionada na LISTA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (LISTA F2), de uso proscrito no Brasil, por causar dependência física ou psíquica, de acordo com a **Resolução da Diretoria Colegiada** —



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

RDC nº 44 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de 02.07.07, em conformidade com a Portaria nº 344 –SVS/MS, de 12.05.98.

Antes de analisar a consumação (ou não) do crime de tráfico de drogas (art. 33 da LD), convém afastar a incidência do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, porquanto nenhuma investigação foi feita para determinar a presença de vínculo associativo entre os acusados, sendo certo que a prisão em flagrante dos réus se deu em razão de ter sido encontrado com eles substância entorpecente.

Para a configuração do delito de associação para o tráfico (art. 35 da LD), todavia, faz-se necessária a demonstração, por parte da acusação, de elementos probatórios que atestem a existência de vínculo associativo não eventual ou circunstancial (que caracteriza mero concurso de agentes), mas firme, contínuo e voltado à prática intencional e reiterada de tráfico de drogas.

Nesse sentido o entendimento pacífico do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ):

STJ-0945608 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. FALHA QUE SE REPETE NO PRESENTE REGIMENTAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADOS. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

OFÍCIO, PARA ABSOLVER AS AGRAVANTES PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. 1. Nas razões do agravo em recurso especial, a defesa deixou de impugnar de forma clara e objetiva os fundamentos do decisum, o que impede o seu conhecimento, por ausência de requisito de admissibilidade (Súmula 182/STJ). 2. A falha é repetida no presente agravo regimental, pois o agravante limita-se à considerações sobre o mérito do recurso especial, sem demonstrar, ainda que de forma sucinta, que o caso não atrairia a incidência da referida Súmula 182/STJ. 3. Como tem reiteradamente decidido esta Corte, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial ou a insistência no mérito da controvérsia. 4. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o ânimo de associação de caráter duradouro e estável. 5. Na hipótese, não se apontou qualquer fato concreto apto a caracterizar que a associação entre as agravantes e a adolescente seria permanente ou com caráter de estabilidade, reputando-se suficiente a configurar o delito tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06 a circunstância de terem ido juntas comprar o entorpecente em outra cidade, o qual estava condicionado de forma a sugerir comércio ilícito, o que justifica o reconhecimento de simples concurso de pessoas. 6. Agravo regimental não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para absolver as agravantes do delito do art. 35, caput, da Lei 11.343/2006. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.161.997/SP (2017/0231405-0), 5ª Turma do STJ, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 07.12.2017).

[clique aqui para ver a íntegra](#)



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

Assim, considerando a absoluta falta de elementos probatórios no sentido da comprovação de vínculo associativo de caráter duradouro e estável entre os réus (mesmo porque tudo o que consta desses autos deu-se quase que de modo instantâneo, com a prisão em flagrante dos denunciados, por volta das 16h:14min do dia 18/01/2018 – ver fls. 48/91 – não havendo qualquer outra diligência investigativa por parte da polícia civil), a absolvição de todos os réus quanto a esse crime (art. 35 da LD – associação para o tráfico) é medida imperiosa porque não demonstrado nos autos a sua consumação.

Passando à análise da imputação feita pelo Ministério Público aos réus, no sentido da prática do crime de tráfico de drogas, é necessário consignar que o mesmo verbo: "TRAZER CONSIGO" pode configurar tanto o crime descrito no art. 33, quanto o descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Desta forma, não obstante a autoria delitiva ser indubitosa, mormente porque dois dos três acusados confessaram, em audiência, que a droga lhes pertencia, a controvérsia permanece hígida no que diz respeito à correta tipificação da conduta imputada aos acusados, à luz do que restou apurado nos autos.

Nesse sentido, não obstante tenha sido encontrado em poder dos denunciados certa quantidade de substância entorpecente (19,40g de MACONHA), a versão por estes sustentada por ocasião de seus interrogatórios em Juízo, se afigura absolutamente plausível, diante de todas as circunstâncias que cercam a ocorrência apurada nestes autos.



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

Preliminarmente, convém ressaltar que a pequena quantidade de maconha apreendida, menos de vinte gramas (menos de 20g) de maconha é perfeitamente passível de consumo pessoal, especialmente se o consumo for feito por mais de uma pessoa e, ainda, se indivíduo for usuário de substância entorpecente há muito tempo, porquanto, é público e notório que o consumo prolongado de drogas desenvolve a tolerância, cujo conceito será aqui transcrito para melhor compreensão desse fenômeno:

Tolerância: ocorre quando o indivíduo precisa de quantidade cada vez maior da droga para sentir os mesmos efeitos que sentia antes. Pode-se dizer, no caso, que com a mesma dose da droga que usava antes a pessoa não consegue mais sentir seu efeito. Isso acontece, por exemplo, com aquele indivíduo que conseguia relaxar e dormir tomando um copo de cerveja toda noite, mas para quem agora apenas um copo de cerveja não é suficiente, e ele tem que tomar mais um copo para conseguir relaxar e iniciar o sono. (Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano04/artigo0904b.php>>. Acesso em: 21 fev. 2019.)

Portanto, se considerarmos o que foi dito em audiência de instrução e julgamento, teremos a seguinte dinâmica: os policiais receberam uma "denúncia" anônima no sentido de que havia uma motocicleta que estava sendo conduzida de modo a expor a perigo os transeuntes do local onde a mesma estaria circulando. Não havia qualquer referência a uma possível comercialização de drogas.



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

A reclamação limitava-se ao risco que da direção perigosa significava para a população do entorno. Cumprindo o seu papel, a polícia militar deslocou-se ao local indicado pelos "denunciante" e, de pronto, logrou êxito em avistar os denunciados que foram instados a estacionar a moto e, em seguida, foram revistados, em procedimento de rotina de qualquer abordagem policial. Durante a abordagem, todavia, fora encontrada certa quantidade de maconha e há divergência, entre as testemunhas, acerca do exato local onde a droga estaria acondicionada. A primeira testemunha ([REDACTED]) afirmou que a droga estava no banco da motocicleta. Já a segunda testemunha ([REDACTED]) afirmou que a droga estava com um dos réus, no meio de suas pernas, junto ao seu corpo. Diante da situação de flagrância, todos os três acusados (que estavam na moto) foram conduzidos ao Distrito Integrado de Polícia para as providências cabíveis.

Tem-se, acima, a dinâmica completa (embora resumida) do que ocorreu, segundo as próprias testemunhas arroladas pelo Ministério Público, no dia da prisão em flagrante dos acusados desses autos.

Portanto, em nenhum momento foi presenciado pela polícia qualquer ato que possa levar à crença de que a substância entorpecente, apreendida no momento do flagrante, destinava-se à comercialização ou a qualquer outro ato de colocação em circulação (conceito que melhor descreve o crime de tráfico) da droga apreendida.

Ao contrário, todas as circunstâncias dos autos indicam que a versão sustentada, em uníssono, pelos réus é, no mínimo, plausível. Vejamos: o



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

denunciado [REDACTED] afirmou que tinha saído de casa para comprar pão para os seus filhos quando avistou os acusados [REDACTED] e [REDACTED] que lhes pediram uma carona para perto do campo de futebol. A carona foi dada e, no entanto, antes de chegarem ao destino, os réus foram abordados pelos policiais. A partir daí, a narrativa casa-se perfeitamente à que foi trazida aos autos pelos policiais militares, arrolados pelo Ministério Público como testemunhas: a droga foi encontrada e os réus foram flagranteados por tráfico de drogas.

Os fatos se encerram por aí. O que vem a seguir é o procedimento penal de costume: a autoridade policial encerra o inquérito e o remete à Justiça que, por sua vez, o remete ao MP que oferece a denúncia. A denúncia é recebida. A audiência é designada. Ouvem-se as testemunhas e os réus e o processo vai concluso ao juiz para prolação de sentença de mérito.

Portanto, nesse momento processual de análise do mérito, é necessário registrar que a única prova incontestável que existe nesses autos é a de que os denunciados foram abordados após deslocarem-se em uma motocicleta em excessiva velocidade, colocando em risco a vida e a integridade física dos transeuntes da localidade onde foram abordados e, durante a revista pessoal, foi encontrada menos de 20g (vinte gramas) de maconha que os policiais não são unânimes quanto à exata localização, mas os réus são uníssomos em afirmarem que estava na posse direta do acusado [REDACTED] e que essa mesma droga teria sido adquirida por ele e pelo primo de sua companheira, o acusado [REDACTED]



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

sendo que cada um deles deu a importância de R\$ 75,00 (setenta e cinco) reais para completar a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) que o acusado usou para comprar esses quase 20g (vinte gramas) de maconha.

A maconha, dizem os réus (e pela dinâmica da abordagem policial, somente eles mesmo poderiam dizer qualquer coisa sobre isso), destinava-se ao consumo pessoal dos seus proprietários: os réus (os que efetivamente gastaram dinheiro para comprar a droga apreendida), sendo que o denunciado sequer tinha conhecimento de que o estaria portando drogas. O acusado deu apenas uma carona para os outros dois e, quanto isso, nem mesmo o Ministério Público está em dúvida, pois requereu, quanto a este réu, a sua absolvição (vide fl. 185).

Quanto à droga apreendida, portanto, o laudo definitivo e o auto de prisão em flagrante são os únicos elementos de convicção trazidos pelos órgãos da persecução penal aos presentes autos. Nada mais foi objeto de investigação pela polícia e, tampouco, trazido ao crivo do contraditório e da ampla defesa, na fase judicial.

Infelizmente é comum que os inquéritos policiais se limitem a trazer a informação de que a polícia recebeu denúncia (quase sempre anônima) e diligenciou no sentido de conferir a veracidade da mesma, acabando por flagrantear pessoas apenas por estarem de posse de substância entorpecente. No caso concreto desse processo, sequer havia "denúncia" de tráfico. O reclamo popular limitava-se à



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

direção perigosa. Foi esse fato que motivou a abordagem policial e, por ter sido encontrada substância de uso proscrito, foram todos flagranteados e conduzidos, presos, à delegacia de polícia.

Com o entendimento de que o tipo penal de tráfico comporta múltiplas condutas e não exige o *animus lucrandi*, o órgão de acusação costuma satisfazer-se com inquéritos nos quais exista a prova da materialidade e um flagrante lavrado em desfavor de um ou mais indivíduo (geralmente incluindo o art. 35 da Lei nº 11.343/2006 em casos de concurso de agentes) e, assim, os processos acabam sendo conclusos para sentença de mérito sem qualquer ato de investigação capaz de distinguir se o(s) indiciado(s) estava(m) portando a droga para o seu consumo pessoal ou para fins de narcotraficância.

O fato de um réu qualquer responder a outro processo por tráfico de drogas e mesmo ser condenado por este crime, por si só, não pode, de maneira alguma, servir para um juízo condenatório no bojo de um processo no qual não foram produzidas provas concretas que atestem atos que ponham em circulação a substância entorpecente apreendida e submetida a exame pericial toxicológico.

No caso específico desses autos, todavia, sequer é possível inferir-se, pela análise da folha de antecedentes criminais (FAC) dos réus que os mesmos se tratem de traficantes, porque de todos eles, apenas o denunciado [REDACTED] [REDACTED] (justamente o réu para o qual o MP requereu a absolvição) possui algum registro além desse próprio e, mesmo assim, trata-se de delito inserido na competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), pelo que nem mesmo se



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

pode afirmar qualquer coisa que desabone a conduta do réu, visto que a Lei nº 9.099/95 prevê a possibilidade de aplicação das chamadas medidas despenalizadoras que mantêm incólume o nome do réu (como no caso da composição civil ou da transação penal).

De qualquer forma, ao julgar o mérito de uma ação penal, o magistrado não pode jamais olvidar-se que cada processo tem as suas características e precisa ter a sua decisão fundamentada nas provas nele próprio produzidas. Fazer ilações por conta de outros processos é inconstitucional (por violação ao devido processo legal) e caracteriza uma tentativa de implantação de um direito penal do inimigo. O direito penal deve dedicar-se a julgar a conduta efetivamente praticada (e devidamente provada nos autos), não o agente, embora seja este o receptor de eventual punição.

Destarte, considerando que a polícia não trouxe aos autos qualquer indício de que os réus estivessem comercializando a substância entorpecente (muitas diligências poderiam ter sido adotadas, tais como a tomada de declarações de terceiros, residentes na área onde os acusados foram presos, supostamente vendendo drogas, escuta telefônica e busca e apreensão, devidamente autorizadas por decisão judicial, etc.), **tenho por factível a versão sustentada em uníssono pelos réus**, no sentido de que a droga apreendida em seu poder do denunciado [REDACTED] [REDACTED] destinava-se ao seu consumo pessoal em conjunto com o denunciado [REDACTED] e que o acusado [REDACTED] nada sabia acerca da existência de drogas com os seus colegas a quem apenas



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

deu uma carona e, portanto, não pode ser responsabilizado por crime algum.

Obtempere-se, por oportuno, que factibilidade não é sinônimo de certeza. É possível sim que a versão apresentada pelos réus seja falsa, porém, nada existe de concreto nestes autos que possa invalidá-la de modo absoluto, de tal forma que, como determina o sistema jurídico-penal brasileiro, em caso de dúvida (hipótese destes autos) deve prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*.

Além disso, a quantidade de droga apreendida, embora razoável (19,40g de maconha para duas pessoas), não é excessiva e, desta forma, é incapaz de gerar presunção de destinação à mercancia. Desta forma, não tendo sido flagrada nenhuma atitude de tráfico, a dúvida quanto à destinação da mesma deve pender para o lado que mais beneficie o réu, em estrita obediência ao princípio do *favor rei*.

A meu sentir, portanto, o ponto nodal para a correta definição jurídica da infração cometida pelos réus no caso *in concreto*, passa, inexoravelmente, pela análise do elemento subjetivo especial do tipo, de acordo com as provas existentes nos autos, visto que é somente a prova produzida mediante contraditório e ampla defesa que legitima um decreto condenatório, sendo impossível a fundamentação de sentença penal condenatória em ilações e deduções, por mais sedutoras que possam parecer. Vale dizer: para absolvição é lícito a dedução, vez que a dúvida favorece o réu, mas, para a condenação é imprescindível um juízo de certeza, firmado sobre provas concretas.

Sob este prisma, devo discordar do ilustre Representante do Órgão Ministerial quando requer, em sede de alegações finais, a condenação do



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

acusado em todos os termos explicitados na denúncia, pois, a prova da efetiva subsunção da conduta ao tipo penal apontado na denúncia compete à acusação e não à defesa. E para este escopo, conta o Estado-Acusação com toda uma gama de poder que lhe foi conferida, especialmente após a Constituição Federal de 1988.

É imprescindível não fazer distinções de classes sociais para a correta aplicação da lei penal, sob pena do cometimento de graves injustiças, em desrespeito ao princípio da isonomia. O ônus da prova, no processo penal, incumbe ao órgão acusador e não é possível a inversão desse ônus para exigir que o réu faça prova da sua não culpa, visto ser esta última presumida por imperativo constitucional, elevada à categoria de cláusula pétrea (inciso LVII do art. 5º da CF/88).

Durante a instrução criminal não foi produzida nenhuma prova consistente de que os acusados promovessem a circulação de entorpecentes (tráfico ilícito). Ademais, o conjunto das circunstâncias existentes no caso em exame se revelam compatíveis com a alegação de que esta se destinava exclusivamente ao consumo pessoal.

Neste quadro, não há outra medida senão prolatar decisão no sentido de **desclassificação da infração** capitulada na denúncia, sendo preferível correr o risco de livrar solto um (pequeno) traficante de drogas (19,40g de maconha) do que condenar um inocente, resolvendo-se a dúvida em favor do acusado (*in dubio pro reo*).

Não comprovada de forma inequívoca destinação comercial da droga apreendida, cabível a desclassificação do delito para o art. 28 da Lei 11.343/06, por imposição do princípio do "*in dubio pro reo*".



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

Passo, agora, à análise do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 em face dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, em controle difuso de constitucionalidade.

Situo a problemática no conflito entre o direito à saúde e o direito à intimidade e à autodeterminação dos cidadãos brasileiros, ambos tutelados pela Constituição-Cidadã de 1988.

Nesse sentido, convém transcrever-se parte do voto do Ministro Gilmar Mendes (STF) nos autos do RE 635659/SP que trata sobre a criminalização da posse de droga para consumo pessoal:

"a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo. [...] Com isso, abre-se a possibilidade de controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal. [...] quando estiver evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

extraordinária importância." (RE 635659/SP).

Ora, o principal argumento utilizado pelo legislador para a criminalização de condutas relacionadas com o consumo de substâncias entorpecentes assenta-se, como também o afirma o Ministro Gilmar Mendes, no "risco à saúde e a segurança públicas" (vide fl. 12 do voto proferido no RE 635659/SP), tratando-se essas hipóteses de crimes de perigo abstrato.

Não se pretende afirmar que não possa o legislador instituir crimes de perigo abstrato, conclusão absolutamente dissociada do princípio constitucional da separação dos poderes e mesmo da razoabilidade, porquanto, ninguém duvida que hipóteses existem que não só podem, como devem, ser tuteladas de modo firme pelo Estado, a fim de se garantir direitos coletivos e difusos, como o meio ambiente que, por óbvio, deve ser protegido antes de ser destruído.

Por outro lado, é imprescindível que haja coerência no sistema penal e, mais que isso, que a criminalização obedece, sempre, à máxima de que somente terá cabimento quando outras medidas (não penais) se mostrem insuficientes para tutelar o bem jurídico que se deseja proteger.

Nesse sentido, fala-se em controle de evidência e controle de justificabilidade das normas penais que se apresentam como restritivas de direitos fundamentais expressamente elencados na norma jurídica de maior hierarquia que, no caso, é Constituição Federal de 1988.

Sobre o controle de evidência, veja-se, ainda, o voto do Ministro Gilmar Mendes:



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

O art. 28 da Lei 11.343/2006 está inserido no Título III do referido diploma legal, sob o qual se encontram agrupadas as disposições atinentes às “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”.

Por outro lado, as condutas descritas no art. 28 foram também definidas como crime no art. 33 da referida Lei, no rol das condutas relativas ao tráfico. O art. 33, por sua vez, está inserido no Título IV do texto legal, no conjunto das disposições alusivas à “produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”.

O traço distintivo entre os dois dispositivos, no que diz respeito aos elementos de tipificação das condutas incriminadas, reside na expressão “para uso pessoal”, contida na redação do art. 28, caput. Objetivou o legislador, como se percebe, conferir tratamento penal diferenciado a usuários e traficantes, abolindo, em relação àqueles, a pena privativa de liberdade prevista no diploma legal revogado (Lei 6.368/76, art. 16). Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema.

Com efeito, quem quer que se dedique ao estudo da Lei nº 11.343/2006 (e especialmente dos atos que serviram de justificativa à sua propositura), chegará à conclusão de que a *mens legis* ou o que Montesquieu denominava de *l'esprit*



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

des lois inclina-se na direção de conferir um tratamento nitidamente diferenciado aos usuários de drogas (a quem deveria ser fornecido tratamento médico e assistencial adequado – por isso falar-se em prevenção e mesmo em redução de danos) e aos traficantes de drogas (a quem deveria ser reservada, com exclusividade, a repressão penal).

No tocante ao "critério" que a *praxis* tem validade para distinguir o que deve ser tratado como tráfico (art. 33 da LD) e o que deve ser tratado como porte para consumo pessoal (art. 28 da LD), cabe transcrever, mais uma vez, os argumentos do Ministro Gilmar Mendes porquanto tudo o que foi por ele dito em seu elaborado voto amolda-se, como uma luva, ao que se constata no dia a dia de qualquer vara especializada em crimes de uso e tráfico de drogas:

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito.



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

Resta evidente, portanto, que o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 por descrever conduta idêntica àquela prevista no artigo 33 da mesma lei penal (trazer consigo substância entorpecente) é violadora do princípio da proporcionalidade porque configuradora de situação obscura que dificulta, quando não inviabiliza, a distinção pretendida pelo legislador entre a figura do traficante e a do usuário. O embaralhamento que a legislação acaba por proporcionar, retirando a objetividade que deveria existir em toda tipificação de condutas com relevância jurídico-penal ainda proporciona o grave inconveniente de permitir que a solução jurídica do caso concreto contrarie, diretamente, os valores que a Lei de Drogas pretendeu instituir que são: prevenção e repressão. Os dois. Não só o último.

Ultrapassado a análise do controle de evidência, passemos à análise do controle de justificabilidade:

Em relação à justificabilidade da medida adotada pelo legislador, cabe observar, inicialmente, que não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Pelo contrário, apesar da denominada “guerra às drogas”, é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas.

Por outro lado, em levantamento realizado em 2012 em cerca de 20 países que adotaram, nas últimas duas décadas, modelos menos rígido no diz respeito à posse de drogas para uso pessoal, por meio de despenalização ou de



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

descriminalização, constatou-se que em nenhum deles houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de drogas. A comparação entre países pesquisados demonstra que a criminalização do consumo tem muito pouco impacto na decisão de consumir drogas (ROSMARIN, A. & EASTWOOD, N, *A quiet revolution: drug decriminalization policies in practice across the globe*. Release Drugs: London, 2012).

No mesmo sentido, estudos publicados pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência (EMCDD), tem revelado que a prevalência do consumo de drogas decorre de um conjunto muito mais amplo de fatores entre os quais a criminalização tem pouca influência (EMCCDA, *Annual Report on the state of the drugs problem in Europe*, 2011).

Ainda que se tratem de estudos relativamente recentes, não é difícil constatar que os dados disponíveis à época da edição da norma não indicavam, com razoável margem de segurança, a sustentabilidade da incriminação, conforme se observa das justificativas agregadas ao Projeto de Lei 7.134/02, transformado na atual Lei de Drogas [...]

Como se percebe, não há, na justificativa do Projeto de Lei, nenhuma referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar. Pelo contrário, o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico *"uma pessoa com vulnerabilidade"*, merecendo, *"para si e para a sua família, atenção à saúde e oportunidade de inserção ou reinserção social"*, evidencia nítida contrariedade entre meios e fins. (voto Min. Gilmar Mendes – RE



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

635659/SP).

Como é fácil constatar, os objetivos desejados pelo legislador ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD não vêm sendo adequadamente alcançados pela forma como a legislação se apresenta: ambígua, incongruente e absolutamente ineficiente na "prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas" (inciso I do artigo 3º da Lei nº 11.343/2006) porque, ao invés de conferir e facilitar aos usuários de drogas o acesso a um tratamento que englobe os múltiplos e complexos aspectos biopsicossociais indissociáveis ao uso abusivo (e não raro patológico) de substâncias entorpecentes (drogas), facilita e amplia a estigmatização dos usuários, dificultando (quando não inviabilizando, por completo) o seu acesso aos meios de prevenção e tratamento - que foram, desde sempre, a vontade do legislador especial da lei de drogas.

Assim, irretocável é a conclusão a que chegou o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, em seu brilhante voto proferido no RE 635659/SP, quando assinala que

Diante da análise aqui procedida, é possível assentar que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade.

Nesse contexto, resta evidenciada, também sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade da norma impugnada, por violação ao princípio da



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

proporcionalidade.

3. DISPOSITIVO

Por todas as razões supra elencadas, **DECLARO, POR SENTENÇA E EX OFFICIO, A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006**, de modo a afastar do retromencionado dispositivo legal os efeitos jurídico-penais dele decorrentes que poderiam (caso não houvesse a declaração de inconstitucionalidade) alcançar os denunciados [REDACTED]

[REDACTED] e [REDACTED] Considerando, todavia, que o § 7º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não possui natureza penal, determino a expedição de ofício à Policlínica Governador Gilberto Mestrinho (avenida Getúlio Vargas, 341, Centro, Manaus/AM) para que disponibilize tratamento especializado aos nacionais supracitados, relativamente ao uso indevido ou dependência de drogas, nos termos dos artigos 20 a 26 da Lei nº 11.343/2006. Os denunciados deverão receber uma cópia do ofício (retromencionado) a fim de se identificarem e se apresentarem na Policlínica para recebimento de tratamento gratuito, nos termos previstos pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), de observação obrigatória pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS). Tendo em vista a importância da participação da família (bem como a sua responsabilidade solidária – nos termos do inciso IV do art. 19 da Lei nº 11.343/2006) no tratamento dos indivíduos que fazem uso indevido ou patológico (dependência) de drogas, determino a intimação de algum familiar dos acusados (o que for possível, de acordo com a documentação acostada aos autos, mas, com preferência para algum dos genitores) para que tomem ciência do teor



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

da presente sentença e, desse modo, possam colaborar para o êxito do tratamento biopsíquico dos denunciados, acompanhando-os à Policlínica, conforme determinado nesta sentença. Com relação ao denunciado [REDACTED] [REDACTED] **ABSOLVO-O**, nos termos do inciso V do art. 386 do CPP, por não haver, quanto a ele, prova de autoria. Em razão do conteúdo da presente sentença, deixo de determinar a remessa dos autos a uma das varas do Juizado Especial Criminal (JECRIM) desta Comarca de Manaus, determinando, todavia, o **ARQUIVAMENTO** desses autos tão logo sobrevenha o trânsito em julgado da presente sentença.

Deixo de determinar a expedição de Alvará de Soltura porque todos os denunciados encontram-se em liberdade e assim deverão permanecer, por não mais persistirem os pressupostos fáticos que autorizariam a prisão preventiva.

Quanto a motocicleta apreendida (conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 5: HONDA/CG 125 FAN KS, de placa [REDACTED] [REDACTED], Renavam 305213695), determino a sua imediata devolução ao seu legítimo proprietário, o Sr. [REDACTED], mediante apresentação de documentos comprobatórios da propriedade e da sua identidade.

Custas na forma da Lei.

Determino a destruição da droga apreendida, caso ainda não o tenha sido, conforme artigo 32, § 2º da Lei 11.343/06.

Com o trânsito em julgado, certifique-se tal



ESTADO DO AMAZONAS
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Manaus
Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E.

circunstância nos autos e ARQUIVEM-SE, observando-se as formalidades legais e de estilo.

P. R. I.

CUMRA-SE.

Manaus, 21 de fevereiro de 2019

Rosália Guimarães Sarmiento

Juíza de Direito