



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL
 Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

INSTRUÇÃO, DEBATES E JULGAMENTO

Processo nº: **0005836-13.2018.8.26.0037**
 Classe - Assunto: **Procedimento Especial da Lei Antitóxicos - Tráfico de Drogas e Condutas Afins**
 Documento de Origem: **CF, IP - 1914/2018 - Delegacia Seccional de Araraquara, 0091/2018 - DISE - Delegacia de Investigações Sobre Entorpecentes de Araraquara**
 Autor: **Justiça Pública**
 Réu: **Hudson Ataíde de Oliveira e outro**
 Artigo da Denúncia: **Art. 33 "caput" do(a) SISNAD e Art. 33 "caput" do(a) SISNAD**

Justiça Gratuita

Em 05 de novembro de 2018, na sala de audiências da 1ª Vara Criminal, na Comarca de Araraquara, no Foro de Araraquara, Estado de São Paulo, presentes a Excelentíssima Sra. Dra. **Adriana Albergueti Albano**, MM. Juíza de Direito, a representante do Ministério Público, **Dra. Morgana Budin Demetrio**, os réus Henrique Andreucci e Hudson Ataíde de Oliveira, acompanhados, respectivamente, pelos defensores, **Dr. Glindon Ferrite, OAB/SP nº 161.359**, **Dra. Thais Micheloni, OAB/SP nº 258.862** e pelo Defensor Público, **Dr. Adriano Lino Mendonça**. Iniciados os trabalhos, foram inquiridas as testemunhas comuns Cláudio Adriano Silva e Thiago Henrique Mendes, após, foi inquirida a testemunha da defesa Lucas Barbosa Santos, além do que foram os réus interrogados, tudo pelo sistema de gravação em mídia digital, nos termos das Leis nº 11.419/06 e nº 11.719/08. As partes poderão ter contato com o registro das gravações, a teor do §2º, do artigo 405, do Código de Processo Penal, sendo desnecessária a transcrição. A gravação da audiência poderá ser visualizada no Portal e-SAJ do Tribunal de Justiça de São Paulo (<http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do>), estando disponível no respectivo Termo da Audiência (Movimentações/Audiências), 24 horas após a sua realização. **Pelas partes nenhuma diligência foi requerida.** Após, não havendo mais provas a serem produzidas, pela MM. Juíza foi dito que dava por encerrada a instrução processual. **Dada a palavra à Promotora de Justiça, assim se manifestou:** " Os réus Hudson e Henrique são processados por violar o art. 33, da Lei 11.343-06; no dia 14 de maio de 2018, por volta das 22h30min, na Rua Antônio Cordeiro da Silva, nº 48, Jardim Santa Chá, esta testemunha, em uma embalagem com dois compartimentos, 147 gramas de cocaína acondicionados em 8 (oito) microtubos do tipo eppendorf e **0,55 gramas de Cannabis Sativa L. (maconha)**, na forma de 1 (um) cigarro artesanal, (laudo de


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL

Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Exame Pericial Definitivo, às fls. 57/59). Segundo apurado, os policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo quando avistaram a motocicleta Yamaha/YBR, placa DYJ9070. Apercebendo-se da conduta suspeita do condutor e do passageiro, os milicianos decidiram por abordá-los, quando o denunciado Hudson desceu do veículo e caminha em direção à residência de terceiro. Procedida a abordagem, foi realizada busca pessoal em Hudson e, no bolso direito de sua calça, os policiais militares localizaram 8 (oito) porções individuais de cocaína, além da quantia de R\$20,00 (vinte reais), 1 (um) canivete e 1 (um) aparelho de telefone celular. Ato contínuo, procedeu-se a abordagem do denunciado Henrique, tendo sido encontrado, em seu poder, 1 (um) cigarro de *Cannabis Sativa L.* (maconha). Ouvidos os policiais arrolados, ambos confirmaram a abordagem dos acusados, que ocupavam uma motocicleta; nas buscas realizadas, foram localizados os espedorços de cocaína e o cigarro de maconha; ambos os réus alegaram que a droga era destinada a consumo; disseram que iriam consumir as drogas na residência de um primo de Hudson, que ali residia; o primo realmente ali se encontrava, mas não se recorda do que foi por ele ditto. Foi ouvida a testemunha de defesa Lucas, que se disse primo de um dos réus; afirmou que na data dos fatos os réus iriam até sua casa; é usuário de drogas; esperava uma visita dos acusados; não sabe se eles levariam drogas, embora já tenha consumido tóxico com ambos em data anterior. Interrogados, Hudson afirmou a posse da cocaína, destinada a seu consumo; disse que iriam até a casa de seu primo, quando abordados pelos policiais e teve apreendida a droga. Henrique, por sua vez, atestou os mesmos fatos, afirmando que iriam até a casa do primo de Hudson para fazer uso de droga e que tinha consigo um “baseado”. Encerrada a instrução, a ação penal não procede como proposta, eis que não foram coligidos elementos de prova suficientes a permitir a conclusão de que a droga apreendida era destinada ao tráfico. A quantidade apreendida não era exorbitante e nenhum outro elemento mais robusto foi trazido aos autos a permitir a alegação de que os réus a detinham para fins de venda. Assim, temos ser caso de desclassificação da infração para aquela prevista no art. 28, da mesma lei. É o que se requer." **A seguir, foi dada a palavra ao defensor do acusado Henrique, que assim se manifestou:** "MM Juíza, trata-se de ação penal de iniciativa pública no bojo da qual o Ministério Público denunciou *Henrique Andreucci* como incurso no delito do artigo 33, *caput*, da Lei 11343/06. Todavia, em que pese o esforço dos agentes policiais, não é possível condenar um cidadão sem prova segura da prática do delito. A acusação se limitou à prova oral dos policiais, sem qualquer diligência capaz de confirmar a acusação. Os policiais informaram que encontraram a droga na posse do réu, em forma de cigarro, pronta


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL

Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

para o consumo. Ademais, as testemunhas nada sabiam sobre a prática do delito do artigo 33 da Lei 11343/06. Assim, a prova permitiu concluir que a droga não se destinava ao tráfico. Especulações não bastam para justificar o fato imputado. O acusado negou a condição traficante e informou que a droga seria usada, juntamente com a testemunha Maciel, e que não recebeu nada por isso. Nenhuma outra diligência foi realizada no sentido de confirmar a imputação dirigida ao acusado. Dado que a única presunção constitucionalmente reconhecida é o da presunção de inocência, não produzida prova capaz de corroborar *a palavra isolada dos policiais*, eventual condenação estará abusiva. Não se está duvidando da palavra dos agentes. O que se reconhece é que a condenação de um cidadão, em uma democracia, exige a produção a partir dos meios probatórios disponíveis. O que se tem nos autos é a prova da apreensão de pequena quantidade de droga, sem qualquer apreensão de petrechos ou qualquer elemento capaz de confirmar a imputação. Veja que os policiais se limitaram a confirmar que encontraram a droga, informando que a *abordagem não foi precedida de qualquer observação*. Logo, ante a debilidade da prova produzida, a absolvição do acusado é medida impositiva, na linha do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requeiro a desclassificação do fato para o tipo do artigo 28 da Lei 11343/06 e, nesta circunstância, absolver o acusado, porque a quantidade de entorpecente com ele encontrada não foi capaz de lesionar o bem jurídico tutelado pela norma penal. Ademais, o tipo penal do artigo 28 da Lei 11343/06 é inconstitucional, pois fere os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, caput e incisos X e LIV). Isso porque o legislador criminalizou conduta que não configura lesão jurídica a terceiro (princípio da alteridade). *In casu* há, no máximo, autolesão, incapaz de justificar a drástica intervenção penal. Assim, é patente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11343/06, por violação aos princípios da igualdade (CF, art. 5, caput), da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5, X) e da proporcionalidade (CF, art. 5, LIV), razão pela qual não há como se impor uma pena ao acusado. Portanto, a Defensoria Pública do Estado requer a absolvição com base no art. 386, inciso III, do CPP. Em caso de condenação: a) seja fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de requisitos subjetivos capazes de elevá-la. É dizer, não há circunstâncias judiciais desfavoráveis, a teor do art. 59 do CP e da súmula 444/STJ; b) por coerência com a pena aplicada, seja imposto regime menos gravoso para o cumprimento da pena; c) por fim, requeiro a devolução dos aparelhos apreendidos na posse do Henrique (celular *Nokia* e *Ipod Apple*)."
A seguir, foi dada a palavra ao defensor do acusado Hudson, que assim se manifestou: "MM. Juíza, a defesa requer aplicação do artigo 28, da Lei de Drogas, bem como a devolução do valor apreendido, qual seja, R\$20,00 e o celular Samsung J7 – Prime, bem como a liberação da motocicleta, com isenção total dos custos, tais como


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL

Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

guincho e outras suportadas pelo acusado." **Pela MM. Juíza foi proferida a seguinte sentença:**

"VISTOS. HUDSON ATAÍDE DE OLIVEIRA e HENRIQUE ANDREUCCI, devidamente qualificados nos autos, foram denunciados como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, porque, em síntese, segundo a denúncia, no dia 14 de maio de 2018, por volta das 22h30min, na Rua Antônio Corrêa da Silva Neto, nº 480, Jardim Santa Clara, neste Município e Comarca de Araraquara/SP, os denunciados traziam consigo, sem autorização para assim agir, 1,47 gramas de "cocaína", acondicionados em 08 (oito) eppendorfs e 0,55 gramas de "maconha", na forma de 01 (um) cigarro artesanal confeccionado em papel, substâncias capazes de causar dependência e consideradas drogas para os fins. Segundo apurado, nas circunstâncias de tempo e espaço acima mencionadas, os policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo quando avistaram a motocicleta Yamaha/YBR, placa DYJ-9070. Apercebendo-se da conduta suspeita do condutor e do passageiro, os milicianos decidiram por abordá-los, quando o denunciado Hudson desceu do veículo e caminhou em direção à residência de terceiro. Procedida a abordagem, foi realizada busca pessoal em Hudson e, no bolso direito de sua calça, os policiais militares localizaram 08 (oito) porções individuais de cocaína, além da quantia de R\$20,00 (vinte reais), 01 (um) canivete e 01 (um) aparelho de telefone celular. Ato contínuo, procedeu-se a abordagem do denunciado Henrique, tendo sido encontrado, em seu poder, 01 (um) cigarro de maconha. O inquérito policial teve início com auto de prisão em flagrante (02/03); boletim de ocorrência (fls. 09/12); auto de exibição e apreensão (fls. 13/15); laudo pericial de constatação provisória de entorpecentes (fls. 20/22); laudos periciais de constatação definitiva de entorpecentes (fls. 58/59 – "maconha" e 60/62 – "cocaína"); comprovante de depósito de valor apreendido (fls. 66); laudo pericial do canivete apreendido (fls. 95/99); FAs juntadas (fls. 142/144 e 147/151). Laudo pericial de levantamento de local de tráfico (fls. 174/177). Os réus foram devidamente notificados (fls. 191 e 194). Foram apresentadas defesas preliminares (fls. 197/200 e 203/204). Em decisão (fls. 229/231), foi recebida a denúncia e designada a presente audiência. Em instrução foram ouvidas duas testemunhas comuns, uma de defesa do réu Henrique Andreucci e interrogados os réus. Em debates, a d. **Promotora de Justiça** requereu a procedência parcial da ação, com a desclassificação do delito imputado aos réus, para o delito capitulado no artigo 28, da Lei 11.343/06, pois não ficou comprovado de maneira satisfatória que o entorpecente era destinado ao tráfico. O ilustre **Defensor do réu Hudson** requereu a desclassificação do delito a ele imputado, para o delito capitulado no artigo 28 da Lei de Drogas, pois não ficou comprovada a destinação do entorpecente para fins de tráfico. Requereu, por fim, a restituição dos bens apreendidos, a saber: uma motocicleta; a importância de R\$ 20,00; o aparelho celular J7 e um canivete. O i. **Defensor Público**, atuando em defesa do réu **Henrique**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

requereu a improcedência da ação, ante a fragilidade da prova produzida. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para o delito capitulado no artigo 28 da Lei 11.343/06. Na hipótese de eventual desclassificação, requereu a improcedência da ação, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do referido artigo de lei, bem como a aplicação do princípio da insignificância, devendo ser restituído ao réu o aparelho celular da marca NOKIA e um iPod, marca Apple. **É o relatório. Fundamento e Decido.** A presente ação penal deve ser julgada procedente, em parte. Embora a materialidade esteja comprovada através do boletim de ocorrência (fls. 09/12); auto de exibição e apreensão (fls. 13/15); laudo pericial de constatação provisória de entorpecentes (fls. 20/22); laudos periciais de constatação definitiva de entorpecentes (fls. 58/59 – “maconha” e 60/62 – “cocaína”); comprovante de depósito de valor apreendido (fls. 66); laudo pericial do canivete apreendido (fls. 95/99), a prova da ocorrência do tráfico não ficou esclarecida de maneira satisfatória. Com efeito. **DAS TESTEMUNHAS COMUNS.** **Ouvidos no inquérito policial (fls. 04 e 05), os policiais militares CLÁUDIO ADRIANO SILVA e THIAGO HENRIQUE MENDES disseram que** *estavam em patrulhamento, quando avistaram os denunciados, em atitude suspeita, transitando em uma motocicleta. Quando se aproximaram do veículo, foi possível visualizar um dos ocupantes chamando por um indivíduo na residência de número 480, na Rua Antônio Correa da Silva Neto. Em busca pessoal, localizaram com o denunciado Hudson: 08 eppendorfs com cocaína, R\$20,00 em dinheiro, uma faca e um aparelho celular. Com o denunciado Henrique, localizaram um cigarro de maconha preparado para uso, um aparelho celular e um Ipod. Questionados, disseram que estavam com as drogas para consumir na residência do primo de Hudson.* **Inquiridos em juízo, os policiais militares CLÁUDIO ADRIANO SILVA e THIAGO HENRIQUE MENDES disseram que** na data dos fatos estavam em patrulhamento de rotina, quando passaram pelos réus, que estavam em uma motocicleta e se comportaram de maneira a que levantou suspeita e pararam em frente a uma residência. Os rapazes chamaram uma pessoa que estava na residência, que se esclareceu, depois, que se tratava de um primo de Hudson. O rapaz ficou na frente da casa e confirmou que era primo de Hudson. Com Hudson foram encontrados oito eppendorfs contendo cocaína, R\$ 20,00, um canivete e um aparelho celular. O PM Mendes abordou o denunciado Henrique, com quem foi encontrado um cigarro de maconha, embalado de maneira a propiciar o seu imediato consumo. Hudson disse que tinha comprado as porções de cocaína no Jardim das Hortênsias e que pretendiam consumir juntos. Henrique estava cumprindo pena no regime aberto e não podia estar fora de casa, naquele horário. **DA TESTEMUNHA DA DEFESA.** **Inquirida em juízo, a testemunha LUCAS BARBOSA SANTOS disse que** é primo de HUDSON e conhece HENRIQUE, ambos trabalham e já consumiu drogas com eles. Na data dos fatos, os dois foram até sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL
 Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

casa e assim que saiu para atendê-los, deparou-se com os policiais abordando-os. Não sabe o que os rapazes foram fazer na sua casa. Já consumiu drogas com eles. **DOS INTERROGATÓRIOS.**

Interrogados no inquérito policial (fls. 06 e 07), os denunciados permaneceram em silêncio.

Interrogado em juízo, o denunciado HUDSON ATAÍDE DE OLIVEIRA disse que na data dos fatos já tinha comprado as porções de cocaína e foi com Henrique até a casa de Lucas, a fim de conversar com ele e consumir a droga. Não sabia que Henrique estava com a porção de maconha. Hudson já tinha consumido parte da droga e pretendia consumir o restante com Lucas. Os policiais foram até a casa de HUDSON, mas não apreenderam mais nada. O réu já foi internado e faz tratamento para parar de usar droga. O dinheiro e um dos celulares pertencia a HUDSON.

Interrogado em juízo, o denunciado HENRIQUE ANDREUCCI disse que na data dos fatos encontrou-se com HUDSON e foram até a casa do primo dele, LUCAS, com quem pretendiam consumir a droga. Henrique telefonou para Lucas, a quem disse que pretendiam ir até a casa dele a fim de consumirem drogas. Diante deste contexto, embora existam indícios de que os réus pudessem estar praticando o tráfico de entorpecentes, não foi produzida prova suficiente para sustentar a ocorrência do comércio ilícito. Os réus negaram a condição de traficante e disse que portavam o entorpecente para seu próprio consumo. A quantidade de entorpecente apreendido não é incompatível com a alegação de uso. Ainda que tenha sido encontrado dinheiro em poder do réu, não se pode dizer que era produto do tráfico. Em que pese o zelo com que os policiais militares desempenham suas funções, especialmente no patrulhamento preventivo, na hipótese dos autos, as declarações dos mesmos, desacompanhadas de outros elementos de convicção, não autorizam a condenação do réu pelo delito de tráfico de entorpecentes. O réu não foi surpreendido em situação característica de tráfico de entorpecente e nem há outros elementos que indiquem a possível ocorrência do delito. Estas circunstâncias enfraquecem a prova do alegado tráfico de entorpecente, que, aliada à negativa do réu, conduzem à desclassificação do delito de tráfico para o de porte de entorpecente. A mera posse de entorpecente em local conhecido como ponto de venda de drogas, não é suficiente para a caracterização do tráfico, sendo imprescindível a prova de sua destinação, que não pode ser presumida. Nesse sentido: “**A destinação do entorpecente ao comércio não pode ser presumida, mas antes deve ficar conferidamente demonstrada. Apresentando-se frágil e insegura a prova do comércio, justifica-se a desclassificação de tráfico para o uso próprio**” (TJSP, Ap. 164.525-3/4, 1ª Câm. j. 31-1-1996, rel. Des. Devienne Ferraz, RT 727/473).” “**A singela apreensão de apreciável quantidade de tóxico não basta ao reconhecimento da traficância, eis que essa quantidade, ainda que sugerindo alguma suspeita, nem sempre dirime a controvérsia sobre ser o infrator traficante ou usuário**” (TJSP, Ap. 175.700-3/9, 2ª



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL
Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Câm., j. 6-3-1995, rel. Des. Canguçu de Almeida, *RT* 717/391). As provas são meramente indiciárias, para a caracterização do tráfico, mas suficientes para a caracterização do porte de entorpecente, de modo que deve ser aplicado o princípio de direito penal – *'in dubio pro reo'*. A par disso, a materialidade ficou devidamente comprovada, conforme já mencionado. **Rejeito a alegação de inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei 11.343/06, assim como o princípio da insignificância.** Não é o caso, mesmo de declaração de inconstitucionalidade do referido artigo de Lei. Com efeito. Com o advento da lei 11.343/06 não ocorreu a *abolitio criminis*, mas tão-somente a despenalização da conduta, sub-existindo, por força da lei, o delito. Em consonância a este entendimento, tem-se o recente julgado do Supremo Tribunal federal, que ora se transcreve: "A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento 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 novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL
Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário (STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007). Nítida a intenção do legislador de abrandar a reprovação ao crime decorrente de aquisição, guarda, depósito, transporte e posse de substância entorpecente para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sem descriminalização da conduta. A manutenção da proibição do denominado “*porte de entorpecente para uso próprio*”, aplicável também na atualidade à aquisição, guarda, depósito e transporte, se justifica por não ser considerado como um atentado contra a saúde individual daquele que pratica a conduta, mas sim por tratar-se de atentado contra a saúde pública. A conduta típica não é, por si, a de consumir a droga. Não se trata, portanto, de incriminar alguém por autolesão. Mesmo que se diga que optou o legislador por modelo punitivo moralizador, prometendo sanção penal àquele que pratique qualquer das condutas enumeradas nesse tipo misto alternativo, isso é normal, afinal tem o caráter preventivo e reeducativo específico e geral. O legislador podia e fez, agora se agiu bem ou mal, com a devida vênica, não compete ao aplicador da norma reconhecer em decorrência de uma sua convicção. A recusa de imposição da sanção constitui negativa de vigência. **Portanto, de inconstitucionalidade não se cuida.** A par disso, apenas para argumentar, o legislador nem mesmo exigiu que o usuário tenha em seu poder esta ou aquela quantidade, superior ou inferior a determinado peso, para que se caracterize o delito, **o que afasta alegado princípio da insignificância.** Pretendeu ele que, ocorrida a apreensão, constatada a presença de substância entorpecente, está caracterizada a infração penal, conforme ocorreu na espécie. Convém lembrar ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO: “*Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.*” (cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 306). O tipo penal do art. 28 dispensa a produção de qualquer resultado danoso. É de perigo abstrato. Foi intenção do legislador, e é a vontade da lei, coibir, por todos os meios, a difusão do uso de drogas. Neste sentido, pode ser citado: 1. *Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o paciente - 9 g (nove gramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio.* 2. *Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL
 Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. 3. *Ordem denegada.* (HC 174.361/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 03/02/2011). **Assim, desclassifico a imputação inicial, para o delito capitulado no artigo 28 da Lei 11.343/06.** Compulsando os autos, verifico que o réu HUDSON é primário e não foi beneficiado com a transação penal. Assim sendo, considerando a primariedade do réu e diante da nova capitulação dada à conduta, deve ser reconhecido a ele o direito subjetivo de se beneficiar do instituto despenalizador contido no artigo 76 da lei 9099/95, ou seja, transação penal. Contudo, a propositura do benefício é exclusiva do Ministério Público, devendo, assim, após eventual trânsito em julgado desta sentença, ser concedida vista dos autos ao representante do órgão ministerial para formulação da proposta. Não há que se falar que o momento atual do processo é inoportuno para a proposta de transação penal, pois inexistente óbice legal para tal. É certo que o artigo 381 do Código de Processo Penal disciplina os requisitos da sentença, sendo tecnicamente perfeita a sentença que preenche tais requisitos, incluindo, assim, o dispositivo final. Todavia, impor ao réu a condenação por infração ao artigo 28 da lei 11343/06 e dosar, desde já, a pena, é prematuro, pois tal medida, caso haja proposta de transação penal, será descabida, violando o direito subjetivo do réu, alhures mencionado. Entretanto, o réu **Henrique é reincidente, conforme F.A. de fls. 147/154, de modo que não pode ser beneficiado com a transação. Ante o exposto, desclassifico a imputação inicial de infração ao artigo 33, “caput”, da lei 11340/06, para o delito previsto no artigo 28 da lei 11.343/06, para CONDENAR o acusado HENRIQUE ANDREUCCI, qualificado nos autos, como incurso no artigo 28 da Lei 11.343/06, aplicando como pena a advertência sobre os efeitos da droga prevista no inciso I do referido artigo. DEFIRO a restituição dos bens apreendidos aos denunciados, a saber: HUDSON: um telefone celular marca Samsung J&, uma motocicleta, R\$ 20,00 e um canivete; HENRIQUE: um telefone celular Marca Nokia e um iPod. Publicada em audiência. Comunique-se e intime-se.”** A seguir, pela d. Promotora de Justiça foi dito que não deseja recorrer da presente sentença. Pelo réu **HENRIQUE** foi declarado que não se conformava com a sentença proferida e que dela quer apelar para a Superior Instância, requerendo seja seu recurso recebido e processado na forma da lei. Pela MM. Juíza foi dito que recebia o recurso e determinava o processamento oportunamente. Pelo réu **HUDSON** foi dito que não deseja recorrer da presente sentença. Em seguida, pela MM. Juíza foi dito: "Certifique o trânsito em julgado com relação ao réu Hudson". Após, pela Promotora de Justiça foi proposta a transação penal ao réu Hudson, com a aplicação imediata da pena restritiva de direitos, consistente em advertência sobre os efeitos nocivos do uso de drogas. A seguir, pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1ª VARA CRIMINAL
 Rua dos Libaneses, 1998, Carmo, Araraquara - SP - CEP 14801-425

MM. Juíza foi proferida a seguinte sentença: **“Presentes os requisitos legais, acolho a proposta do Ministério Público, devidamente aceita pelo autor do fato HUDSON e defensores. Via de consequência, aplico a HUDSON ATAÍDE DE OLIVEIRA a pena restritiva de direitos, advertindo-o de que uso de drogas é nocivo à saúde. Homologo por sentença o presente acordo e julgo extinta a punibilidade do autor do fato, nos termos do artigo 84, § único, da Lei nº 9.099/95”.** Pelas partes foi dito ainda que desistiam expressamente da propositura de qualquer recurso. Publicada em audiência. **Saem intimadas as partes presentes. Nada mais.** *Este termo é assinado eletronicamente pela MM. Juíza, sendo dispensada pelas partes presentes neste ato a providência do artigo 1.269, § 1º, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça deste Estado.* Eu, Douglas Vaz De Campos Melo, Escrevente Técnico Judiciário, digitei e subscrevi.

MM. Juíza:

Dra. Promotora:

Drs. Defensores:

Réus: