



Autos n.º 0001115-74.2022.8.13.0672

## EMENTA

EMENTA: CRIME DE USO DE DROGAS. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE. DESDOBRAMENTO EM DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. BEM JURÍDICO LESIONADO. INEXISTÊNCIA.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A CRFB, em seu artigo 5º, X, estabelece a privacidade e intimidade como direitos fundamentais.

O desdobramento destes direitos em seara criminal é o princípio da lesividade.

Há de se distinguir as construções de bem jurídico lesionado e tutelado, sendo que a última ideia é a negação do próprio princípio da lesividade, uma vez que opera inversão tornando a vontade do Estado em bem jurídico a ser defendido e permitiria que se impusesse um sistema moral aos cidadãos.

Não há bem jurídico lesionado no crime de uso de drogas. Logo, o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, que criminaliza o uso de drogas, é inconstitucional.

1

2



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
1ª TURMA RECURSAL  
GRUPO JURISDICCIONAL DE SETE LAGOAS

VOTO DO RELATOR

Dispensado o relatório conforme autorizado pelos artigos 38 e 46 da Lei 9.099 de 1995.

Conheço do recurso, aos seus pressupostos.

O presente caso trata de um delito de uso de drogas. Segundo consta, no dia 29 de junho de 2018, Alef Amaral Teixeira, foi abordado em posse de um cigarro de maconha. Absolvido em primeiro grau, houve recurso para esta Turma Recursal.

É o breve relatório.

Está **pendente** de julgamento pelo plenário do eg. STF o RE 635.659/SP, sobre a constitucionalidade do delito de uso de drogas, previsto no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. Três ministros já proferiram seus votos. O ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade, ante a violação ao artigo 5º, X, da CRFB, direito fundamental à vida privada e à intimidade, mas manteve os efeitos administrativos. Os ministros Luiz Fachin e Teori Zavascki votaram pela descriminalização do uso da maconha, tão somente. A votação não foi encerrada e não se formou maioria.

Em Direito Constitucional é resguardada a livre expressão intelectual, artística, científica e de comunicação. Se proíbe a privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política e estatui a inviolabilidade da privacidade e da intimidade, artigo 5º IV, VI, VII, IX e X, da CRFB. Esses dispositivos impedem que o Estado imponha uma moral aos cidadãos. Pelo contrário, deve garantir um âmbito de liberdade moral. O desdobramento desse mandamento constitucional





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
1ª TURMA RECURSAL  
GRUPO JURISDICCIONAL DE SETE LAGOAS

em Direito Penal é o princípio da lesividade. Conforme Eugênio Raul Zaffaroni:

O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente (...) as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício de autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem. De acordo com essa opção pelo estado moral (e consequentemente rechaço do estado paternalista imoral), não pode haver delito que não reconheça, como suporte fático, um conflito que afete bens jurídicos alheios, entendidos como os elementos de que outrem necessite para a respectiva auto-realização (ser aquilo que escolheu ser, de acordo com sua consciência). (ZAFFARONI, Raul Eugênio; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2019, 4 ed., p. 225).

Continua o autor com a diferenciação entre “bem jurídico lesionado”, a ideia correta por trás do princípio da lesividade, da construção falaciosa do “bem jurídico tutelado”, que levaria à negação do princípio da lesividade:

Essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação (entre bem lesionado e tutelado), porque a ideia de bem jurídico tutelado difere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo a bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas. (...) a ideia de bem tutelado, que é a vontade do estado (de polícia), porquanto este acaba sendo o único juiz de premência e do vigor da ilusória tutela. (op.cit, p. 226)

Nos casos de suicídio tentado, de autolesão por uso de substâncias proibidas, heresia, crimes de vadiagem e delitos de cunho sexual consentido entre adultos, como a sodomia ou homossexualismo, a exemplo, não há conflitos de interesses ou ofensas a bens jurídicos de terceiros. Não há bem jurídico lesionado. Todos esses exemplos são

2

2



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
1ª TURMA RECURSAL  
GRUPO JURISDICIONAL DE SETE LAGOAS

situações consensuais entre pessoas maiores e capazes ou que afetam tão somente sua esfera jurídica. A proibição configuraria a imposição de uma moral pelo Estado e, portanto, ofende aos preceitos constitucionais citados.

Dito isso, em controle difuso de constitucionalidade, reconheço de ofício a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, por sua ofensa ao artigo 5º, X, da CRFB e seu desdobramento em seara penal, o princípio da lesividade.

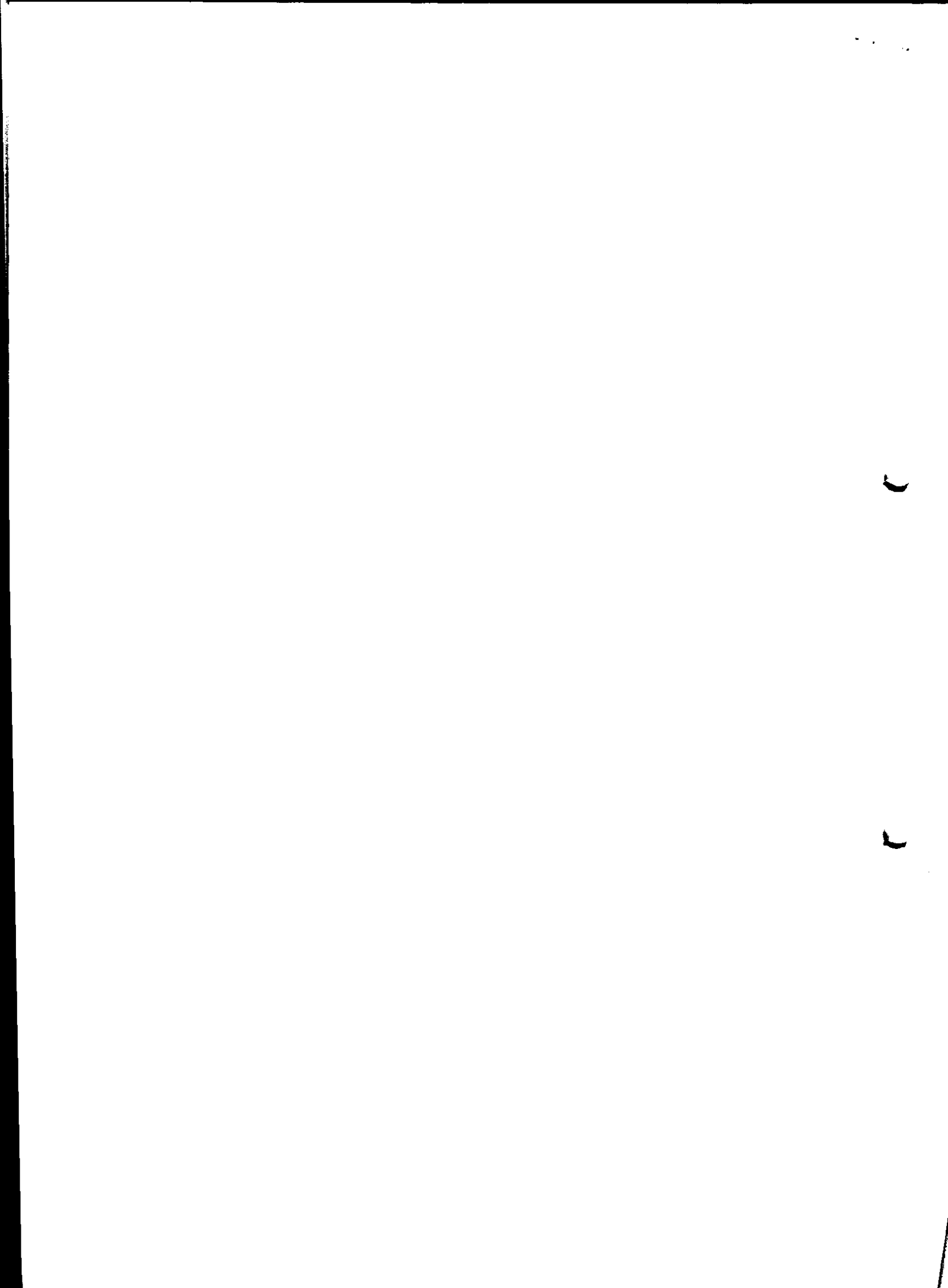
Por todo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

Como é vedado expressamente impor prisão para o delito do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, se afigura constrangedor ao Judiciário aplicar penas mais gravosas que a advertência. Em caso de descumprimento de medidas restritivas de direito como as propostas, o Poder Judiciário fica na embaraçosa situação de ter sua autoridade descumprida, sem dispor dos mecanismos necessários para executá-la. Assim, caso reste vencido na questão da inconstitucionalidade, voto pela aplicação de pena de advertência sobre os efeitos nefastos do uso da droga, reputando cumprida com a publicação desta decisão.

Sete Lagoas, 16 de dezembro de 2022.



David Pinter Cardoso  
Juiz Relator





Recurso nº: 0001115-74.2022.8.13.0672

**EMENTA:** "Recurso provido. Sentença cassada".

**Comarca de Origem:** Pedro Leopoldo

**Apelante:** Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**Apelado:** Alef Amaral Teixeira

### VOTO

Em que pese a fundamentação do Eminentíssimo Relator, ouse divergir, para reconhecer a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e, em consequência, cassar a sentença.

*Ab initio*, cumpre registrar que o Recurso Extraordinário nº 635.659, utilizado como fundamentação pelo Juízo *a quo* para absolvição do denunciado, o qual decidirá sobre a tipicidade da posse de droga para consumo pessoal, está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, sendo, portanto, pacífico o entendimento de que, a princípio, não há descriminalização da conduta do uso de substâncias entorpecentes, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

É sabido que, a lei supracitada apenas não previu pena privativa de liberdade para o delito de uso de entorpecentes, estipulando, tão somente, sanções mais brandas aos usuários, a saber: advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Nesse diapasão, entendo que o uso de drogas ainda é considerado crime, uma vez que o referido artigo permanece em vigor.

Ultrapassada a análise do RE nº 635.659, compulsando os autos, verifico que o magistrado, antes de iniciar a fase instrução, reconheceu, de ofício, em controle difuso, a inconstitucionalidade parcial do art. 28 da Lei nº 11.343/06.



## Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Assim, prejudicado o exame da autoria e materialidade do delito, remeto os autos ao Juízo *a quo* para que dê o regular prosseguimento ao feito.

*Ex positis*, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para **CASSAR A SENTENÇA**, determinando o retorno dos autos para instância de origem, para dar início a fase de instrução do processo, dando o regular prosseguimento do feito.

Deixo de condenar o recorrido ao pagamento das custas e honorários nos termos do artigo 55, da Lei nº 9.099/95.

É como voto.

**Karla Dolabela Irrthum**  
Juiza de Direito – 1º Vogal

Vistos.

De acordo com a 1ª Vogal.

**Maria Flávia Albergaria Costa**  
Juíza de Direito

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
1ª TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL  
CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE SETE LAGOAS – MG**

**ATA DE SESSÃO DE JULGAMENTO**

**RECURSO Nº: 0001115-74.2022.8.13.0672**

**Nº Origem: 039914-59.2018.8.13.0210**

**Data da Distribuição: 19/01/2022**

**Espécie de recurso:**

cível                      ( ) criminal

**Tipo de ação:** ( ) Recurso Inominado     Apelação Criminal

( ) Mandado de Segurança    ( ) Habeas – Corpus    ( )

Embargos Declaratórios    ( ) Agravo de Instrumento

**Apelante (s): Jurídica: Ministério Público do Estado de Minas Gerais**

**Apelado (s): Alef Amaral Teixeira**

**Comarca de origem: Pedro Leopoldo - MG**

Fundamentação sucinta: "Deram provimento ao recurso para cassar a sentença, por maioria, nos termos do voto do juiz 1º vogal, ficando as partes e seus procuradores cientes que a intimação dos acórdãos se deu na própria sessão de julgamento."

**JUIZES:**

**PRESIDENTE:** Dr. Alessandro de Abreu Borges

**RELATOR:** Dr. David Pinter Cardoso

**1º VOGAL:** Dra. Karla Dolabela Irrthum

**2º VOGAL:** Dra. Maria Flávia Albergaria Costa

