

172
9m



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PARECER Nº 8467 /WG

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635659/SP

RECORRENTE : FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO GILMAR MENDES – 2ª TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06. ALEGADA OFENSA À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO INDIVÍDUO. TESE QUE NÃO SE SUSTENTA. DISPOSITIVO QUE TEM COMO BEM JURÍDICO TUTELADO A SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO INCISO X DO ART. 5º DA CF. PARECER PELO DESPROVIMENTO.

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra o acórdão de fls. 140/142.

2. De acordo com os autos, o recorrente foi condenado pelo crime do art. 28, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 à pena de 2 meses de prestação de serviços à comunidade. Inconformada, a defesa apelou sustentando absolvição por atipicidade da conduta ou por insuficiência de provas. O pleito, contudo, foi desprovido pelo Colégio Recursal, como se vê às fls. 140/142.

3. O recorrente, ainda irresignado, interpõe o recurso extraordinário de fls. 144/164, alegando violação ao inciso X do art. 5º da Carta Magna. Em resumo, aduz (fls. 147 e 153/154):

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, sweeping strokes.

“(…) Ora, o acórdão proferido violou o direito fundamental de intimidade e vida privada do recorrente, assegurado no inciso X do artigo 5º da Constituição da República, uma vez que condenou o recorrente por porte de *drogas* para uso próprio, assim consideradas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial (...)”

Com efeito, o crime (ou a infração) previsto no art. 28 da Lei 11343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

Estipula mencionado dispositivo que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...*”

Esse direito constitucional tem reflexo no Direito Penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada *criminosa*, lesione bens jurídicos *alheios*. Permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de *alteridade* e *lesividade*. Uma incriminação, nesta hipótese, viola, diretamente, a Constituição Federal. (...)” [grifos no original]

4. Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 166). Os autos vieram a esta Procuradoria Geral da República para manifestação (fl. 170).

É o breve relatório.

5. O recurso é tempestivo¹ e preenche os demais requisitos de admissibilidade, mas deve ser desprovido.

6. A alegação de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 por falta de ofensa a bem jurídico de terceiro não se sustenta.

¹ A Defensoria Pública de São Paulo foi intimada pessoalmente do acórdão no dia 9/8/2010 (fl. 142) e o RE foi interposto na mesma data (fl. 144).

7. No caso, o bem jurídico tutelado é a *saúde pública*, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.

8. Sobre a questão, ensina o i. Jurista Vicente Greco Filho, *in verbis*:

“A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo (a droga) para uso próprio, é o **perigo social** que sua conduta representa.

Mesmo viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, **coloca a saúde pública em perigo**, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno”². [grifos nossos]

9. É importante destacar que, com o advento da Lei nº 11.343/06, aboliu-se, acertadamente, a pena de prisão ao usuário surpreendido na posse de drogas. Reconheceu-se a necessidade de adoção de uma política criminal baseada nas tendências internacionais modernas, dispensando-se ao usuário de drogas um tratamento preventivo e terapêutico, de acordo com o caso concreto, minimizando a intervenção do direito penal nesta seara.

10. Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter **como crime** o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio. A despeito, inclusive, do surgimento de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico mas também o uso de entorpecentes é crime, que deve ser, consideradas suas

² Tóxicos – Prevenção – Repressão, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 113.

175
7m

particularidades, punido, mesmo com penas brandas. Não se pode, em síntese, falar em inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

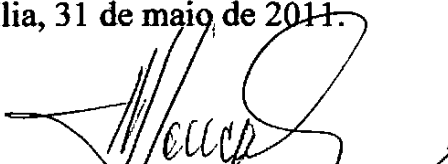
11. Nesse passo, correto o entendimento adotado pela Turma Recursal no acórdão recorrido, quando assim ponderou (fl. 140):

“(…) A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal da denúncia era o art. 16, de redação quase idêntica ao atual art. 28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: “difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art. 16 da Lei de Tóxicos” (TJRS – Incidente de Inconstitucionalidade no AC 686062340-Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49.

Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as figuras típicas descritas no art. 28 a conduta de “usar”. E tal esteriliza a tese de ofensa a liberdade individual. (...)”

12. Diante do exposto, opina a Procuradoria Geral da República pelo desprovimento do recurso.

Brasília, 31 de maio de 2011.


Wagner Gonçalves
Subprocurador-Geral da República
(Portaria PGR nº 522, 27/09/2005)