



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

144

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A)
PRESIDENTE DO COLENDO COLÉGIO RECURSAL DO JUIZADO
ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE DIADEMA - SP

Autos da apelação criminal n° 158/2009

158 161 000 0908201438 01 0131660-80
592

FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, já devidamente qualificado nos autos da ação penal em epígrafe, vem, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inconformado com a r. sentença penal condenatória de fls. 90/93, que contrariou a Constituição da República, especificamente o artigo 5º, X, interpor o presente **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, cujas razões se encontram em separado.



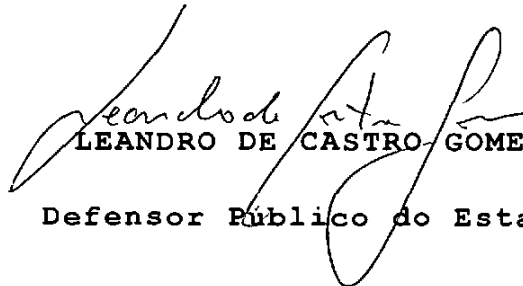
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

145

Requer, seja recebido e processado o presente recurso, e encaminhado, com as inclusas razões, ao Supremo Tribunal Federal.

Termos em que,
Pede deferimento.

Diadema, 09 de agosto de 2010.


LEANDRO DE CASTRO GOMES
Defensor Público do Estado

Marcelo de Araújo Generoso
Estagiário da Defensoria Pública



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

14/6

RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO NOS AUTOS
DA APELAÇÃO CRIMINAL N° 158/2010

Recorrente: Francisco Benedito de Souza

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

*EXCELSO PRETÓRIO,
ÍNCLITOS MINISTROS.*

Em que pese o ilibado saber jurídico do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema - SP, impõe-se o conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, o que implicará na reforma do venerando acórdão, pelas razões de fato e fundamentos jurídicos a seguir deduzidos.

I - DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O art. 102, inciso III da Constituição da República, é claro ao dispor em sua alínea 'a', o cabimento do Recurso Extraordinário em causas



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

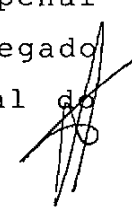
147



decididas em última ou única instância, que contrariem dispositivo da Constituição.

Ora, o acórdão proferido violou o direito fundamental de intimidade e vida privada do recorrente, assegurado no inciso X do artigo 5.º 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, da Portaria SVS/MS n. 344/98, e que determinam dependência física e psíquica, consistentes em maconha, fazendo-o sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

O recurso de apelação interposto perante o Colégio Recursal, que visava a reforma da decisão de primeiro grau que condenou o apelante, além da declaração de inconstitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, foi negado provimento, violando, assim, o direito individual do recorrente à intimidade e vida privada.



II - DO PREQUESTIONAMENTO



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

17/18

Requisito fundamental do recurso extraordinário, a matéria alegada foi devidamente prequestionada nas instâncias superiores.

Deveras, instado sobre a necessidade de reforma da sentença condenatória de primeiro grau e declaração de inconstitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 28, caput, da Lei 11.343/06, o Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema manifestou-se contrariamente ao pleito Defensivo, mantendo a condenação do recorrente e concluindo pela constitucionalidade da incriminação contida no artigo 28 da Lei de Drogas.

Assim, **prequestionada** a matéria, tem-se o presente recurso extraordinário para inverter a ilegalidade praticada.

III - DA REPERCUSSÃO GERAL

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a repercussão geral foi alçada como requisito para o conhecimento do Recurso Extraordinário. Essa medida deve ser compreendida como fórmula para



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

reduzir o excessivo número de recursos idênticos que impediam uma melhor apreciação de temas novos pelo Supremo Tribunal Federal.

Tanto é verdade o que ora se afirma, que na abertura do Ano Judiciário de 2009, o Ministro Presidente do Pretório Excelso se manifestou sobre o tema em questão da seguinte maneira:

"De tudo resulta que o desate do nó górdio que aprisionava a Corte na esdrúxula tarefa de apreciar recursos inviáveis ou improcedentes importou não só maior qualidade nas decisões proferidas, como também mais dinamismo e aproximação da sociedade, com evidente ganho nas relações de cidadania e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Ademais, a eliminação dos gargalos que cerceavam o fluxo processual produziu efeitos em cascata em todo o Poder Judiciário, tanto no tocante ao sobrestamento na tramitação de causas idênticas, quanto no que concerne à pacificação definitiva de temas controversos, a implicar a solução de múltiplas demandas - às vezes, alcançando a casa dos milhões -, além de possibilitar a aplicação mais isonômica do texto constitucional. "¹

¹ Trecho extraído da versão do discurso publicado no Informativo nº 534 do STF.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

O artigo 543-A, Código de Processo Civil, que decorre de modificação trazida pela Lei nº 11.418/06, conferiu contornos mais precisos sobre o que vem a ser a repercussão geral.

Ora Excelências, o fato de o Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema desrespeitar, e de maneira acintosa, o direito à intimidade e vida privada do recorrente é claro como a luz solar para demonstrar que o interesse recursal não se restringe àquele do ora recorrente.

Diga-se ainda mais. A Suprema Corte Argentina declarou recentemente a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos. Já Corte Constitucional da Colômbia ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico.

A análise do direito comparado demonstra que outras Cortes Constitucionais já se debruçaram sobre o exato tema retratado neste recurso. Esse fato indica que a matéria *extrapola* os estreitos limites



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

151

subjetivos deste caso penal, atingindo, de forma reflexa, toda a administração da justiça, eis que são milhares os casos submetidos ao Poder Judiciário e que tratam exatamente da infração de porte de drogas para uso próprio.

A repercussão geral, pois, está retratada, no presente caso, pela influência reflexa que a decisão da questão ora posta representará para outras milhares de demandas judiciais.

Diante dessas colocações, o recorrente espera ter revelado a presença da repercussão geral deste recurso.

IV - DOS FATOS

O recorrente foi denunciado por suposta prática de conduta que, em tese, se amoldaria à infração prevista no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Após a instrução criminal e apresentação das alegações finais, foi proferida a sentença que condenou o recorrente à pena de 02 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

Inconformado com a decisão, foi interposto o recurso de apelação ao Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema - SP, para que fosse reconhecida a violação ao direito de intimidade e vida privada do recorrente, com a consequente reforma da decisão de primeiro grau atacada. Foi proferido acórdão, negando provimento ao apelo e manifestando-se especificamente sobre a inconstitucionalidade alegada.

Apresentado esse relatório sobre o contido nos autos em questão, o recorrente expõe os fundamentos jurídicos que respaldarão futura e iminente decisão de provimento desta via impugnativa.

V - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Com o advento da Constituição da República em 05 de outubro de 1988, o Estado, que antes era chamado de militar, passou a ser chamado de Democrático e de Direito, ante as diversas garantias trazidas pela Carta Magna.

Jungido a essa nova conformação do Estado brasileiro, diversas garantias foram previstas, logo no artigo 5º, revelando a prioridade que, na nova



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

153

ordem constitucional, é reservada aos direitos individuais.

Concomitantemente, observou-se a renovação da *força normativa da Constituição*, no sentido de que todo o ordenamento jurídico deve respeito e adequação aos ditames que se irradiam da Carta Constitucional. Esse efeito, por óbvio, incide também na seara penal, condicionando o legislador ordinário no momento do exercício da atividade legiferante.

Entende-se que esse legislador ordinário, ao *incriminar* (ou mesmo, simplesmente, *sancionar*, para aqueles que defendem a *descriminalização* do porte de drogas para uso próprio) a conduta de *portar drogas para uso próprio* extrapolou seu poder, ferindo preceitos constitucionais que lhe condicionam.

Com efeito, o crime (ou a infração) previsto no artigo 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.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

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.

Interessante, pois, invocar magistério doutrinário sobre o tema. Nilo Batista, ao dissertar sobre o princípio da lesividade, assim se posiciona:

"Este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da **exterioridade e alteridade** (ou *bilateralidade*) do direito: **ao contrário da moral** - e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo - **o direito 'coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos'**. No direito



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

155

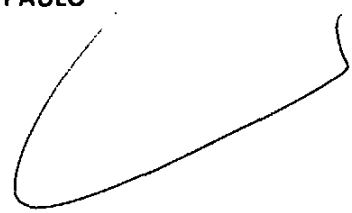
penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime - por isso chamado de objeto jurídico do crime). Como ensina Roxin, 'só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral' (...). À conduta puramente interna, ou puramente individual - seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente - falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal" (BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 8ª Edição, novembro de 2002, página 91 - g.n).

À conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tipo pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguarda constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada "saúde pública" (objeto



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

136



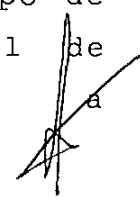
jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde *pessoal* do próprio usuário.

Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal.

Essa conclusão jurídica já conta com respaldo do direito comparado.

Além da já mencionada decisão da Suprema Corte Argentina, que declarou recentemente a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos, a Corte Constitucional da Colômbia ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico.

No Brasil, a 6.^a Câmara do 3.^o Grupo de Grupo de Secção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, declarou





DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, na
apelação criminal n.º 01113563.3/0-0000-000, da
comarca de São José do Rio Pardo, em 31 de março de
2008, cujo voto do Eminentíssimo Desembargador Relator
José Henrique Rodrigues Torres, merece transcrição:

"A pretensão recursal procede e a absolvição
do recorrente é de rigor.

De acordo com a r. decisão recorrida, o
recorrente portava 7,7g de cocaína,
acondicionados em três papelotes, para
fornecimento a terceiros, violando, assim, o
preceito proibitivo do artigo 33, caput da
Lei n. 11.343/2006, pois (1) os policiais
militares que prenderam o recorrente
afirmaram que "denúncias recebidas diziam
que Ronaldo, de apelido 'Chitos', filho do
'João Guarda' estaria traficando na cidade,
e que não há na cidade outra pessoa com o
mesmo apelido do acusado, nem filho do 'João
Guarda', (2) o recorrente admitiu o porte da
droga com ele apreendida, (3) a quantidade
da droga apreendida 'permite a conclusão' de
que não se tratava de porte para uso
próprio, uma vez que o recorrente afirmou
que usava tal substância esporadicamente e
(3) tal quantidade 'presta-se a caracterizar
o tráfico de drogas' (fls. 100 e 101).

Todavia, esses argumentos invocados pelo
juiz a quo não são bastantes para
fundamentar a caracterização da traficância.

É verdade que o recorrente, em seu
interrogatório judicial, admitiu que
realmente estava portando cocaína, mas
afirmou, também, que era usuário dessa droga
e que iria consumir a substância apreendida
durante o carnaval, nos próximos quatro dias
(fls, 67).



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

E não há nenhuma prova hábil para desacreditar essa afirmação do recorrente, a qual, aliás, encontrou respaldo no conjunto probatório.

É verdade que os policiais militares Eduardo Lemes Passareli e William Roger Stivale Teio afirmaram que já haviam recebido várias 'denúncias anônimas' de que o recorrente praticava o tráfico de drogas (fls. 68 e 69).

Contudo, em um processo penal talhado sob a égide de princípios democráticos e garantistas não se pode dar nenhuma credibilidade a informações anônimas.

E não se trata de desacreditar as palavras dos policiais militares mencionados, que apenas afirmaram aquilo que ouviram dos denunciadores sem nome.

(...)

A testemunha Percival Pessoa de Almeida, agente penitenciário, corroborando as afirmações do recorrente, asseverou que conhece o recorrente desde criança, que o recorrente já foi flagrado, em outra oportunidade, fumando um "baseado de maconha", que o recorrente já foi submetido a tratamento para deixar o vício de drogas e que várias vezes aconselhou o recorrente, tentando afastá-lo desse vício (fls. 70).

Aliás, essa testemunha afirmou que também já fez uso de cocaína e que costumava consumir 'por volta de três gramas' dessa droga por dia, o que dá credibilidade à afirmação do recorrente de que a quantidade de cocaína com ele apreendida seria consumida, por ele próprio, nos próximos dias, durante o carnaval (fls. 70).

Como se vê, não se pode afirmar a traficância simplesmente com base na



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

159

quantidade de cocaína apreendida com o recorrente, máxime quando o conjunto probatório contém elementos suficientes para afirmar que ele realmente era usuário dessa droga na época dos fatos.

Assim, os elementos de prova produzidos nesta ação penal são suficientes, apenas e tão somente, para afirmar que o recorrente estava portando 7,7g de cocaína para consumo próprio e que, em consequência, a sua conduta seria subsumível ao tipo do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 5º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual.

Como observa Saio de Carvalho, 'a permanência da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo ao uso de entorpecentes é injustificável'.

O argumento de que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria inclusive a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência pelas elementares elegidas, que determinam expressamente o âmbito individualista da lesividade e proíbem o expansionismo desejado.

Assinatura manuscrita no canto inferior direito da página.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

60

Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, para a incidência da conduta que pretende criminalizar, exclusivamente aquela de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, 'para consumo pessoal', drogas proibidas.

O elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão 'para consumo próprio', delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão.

Com efeito, como assevera Maria Lúcia Karan, 'é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada ausência daquela expansibilidade do pepino (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar/incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal não importa em que quantidade - e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas; ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal'2

É por isso que Alexandre Morais da Rosa afirma que 'no caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo artigo 16 da Lei n. 6368/76 é a integridade física e não a incolumidade pública'3

Assim, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

161

agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal,

Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante 'distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica.

Mas não é só.

Não se olvide da violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral.

Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade.

Induvidosamente, 'nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da inferioridade'5.

É por isso que somente é admissível a criminalização das condutas individuais que causem dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros, o que não acontece



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

com a conduta descrita no tipo do artigo 28 da Lei n. 11343/2006.

Decididamente, "no direito penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (...): o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bem jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos prémodernos.

O sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. A lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional"6.

Como ensina Maria Lúcia Karan, 'a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado - e, portanto, ao Direito - penetrar. Assim, como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas, que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão'7.

E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

Com efeito, 'a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais. (...). Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém, Ao se reprovar o uso criminalizando o porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua.

Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que seria correto. (...) A Constituição exige tolerância com quem seja assim, sem exigir padrões de moralidade aos diversos gruposexistentes, dentre eles os que usam drogas'8

Portanto, como a criminalização primária do porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, a conduta do recorrente, que portava cocaína para uso próprio, é atípica.

POSTO ISSO, dou provimento ao recurso interposto por RONALDO LOPES, qualificado nos autos (fls. 08), portador do RG n. 33.146.996, para ABSOLVÊ-LO, forte no artigo 386, III do Código de Processo Penal.²

Dessa forma, de rigor a reforma do acórdão prolatado, a fim de absolver o recorrente, com base no artigo 386, III do Código de Processo

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 6.ª Câmara de Direito Criminal - Desembargador Relator José Henrique Rodrigues Torres. Apelação Criminal n.º 01113563.3/0-0000-000



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REGIONAL DO GRANDE ABCD
UNIDADE DE DIADEMA

164

Penal, por atipicidade da conduta, bem como a declaração, de forma incidental, da inconstitucionalidade do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/06, haja vista a violação do direito à intimidade e vida privada e, conseqüentemente, do princípio da lesividade.

VI - DO RESUMO DA PRETENSÃO RECURSAL

Posto isso, pugna o recorrente pelo conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, o que implicará no reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada pela decisão impugnada, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, com a conseqüente reforma do acórdão que manteve o teor da sentença condenatória, sendo o recorrente absolvido nos termos do art. 386, III do CPP, por atipicidade da conduta.

Diadema, 09 de agosto de 2010.


LEANDRO DE CASTRO GOMES

Defensor Público do estado de São Paulo

Marcelo de Araújo Generoso
Estagiário da Defensoria Pública

