



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659**

Requerente: Defensor Público Geral do Estado de São Paulo

Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo

*A principal consequência dessa política de
combate acaba sendo a geração de uma
grande massa de jovens com passagem pela
polícia, registros criminais e com os estigmas
produzidos pela prisão.¹*

CONECTAS DIREITOS HUMANOS, associação sem fins lucrativos qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 04.706.954/0001-75, com sede na Rua Barão de Itapetininga, 93, 5º andar, São Paulo/SP, no presente ato representada por sua diretora executiva e representante nos termos de seu Estatuto Social, Sra. Lucia Nader (doc. 01);

¹ “Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” Núcleo de Estudos da Violência - USP e *Open Society Institute*, 2011.



INSTITUTO SOU DA PAZ, constituído como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, inscrito no CNPJ/MF sob o n.º 03.483. 568/0001-07, com sede na Rua Luís Murat, 260, São Paulo/SP, no presente ato representado por sua diretora, Luciana Guimarães, portadora do RG n.º 26.661.822-4 SSP/SP e inscrita no CPF sob n.º 268.882.918-12 (doc. 02);

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC), entidade sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ/MF sob o n 03.483.458/0001-07, com sede a Rua Marques de Itú, 298, Vila Buarque, São Paulo SP, no presente ato representado por sua presidente e representante legal, Michael Mary Nolan, norteamericana, advogada, regularmente inscrita na OAB/SP sob o n.º 81309 (doc. 03); e

PASTORAL CARCERÁRIA, por meio de sua pessoa jurídica, ASAAC – Associação de Apoio e Acompanhamento, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 66.064.916/0001-13, com sede na Praça Clóvis Bevilacqua, n.º 351, conjunto 501, São Paulo/SP, no presente ato representada por Heidi Ann Cerneka, RNE V195687-B e CPF n.º 216.155.968-01 (doc. 04).

Vêm respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus procuradores, manifestar-se, com lastro no artigo 543-A, §6º do Código de Processo Civil, e no artigo 323, §3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de

AMICI CURIAE no Recurso Extraordinário n.º 635.659

Interposto pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo contra o Ministério Público do Estado de São Paulo e com Repercussão Geral reconhecida em 09.12.2011, que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, pelas razões a seguir articuladas.



Em proveito do pedido de ingresso acima deduzido, expomos, desde logo, as razões pelas quais as entidades signatárias da presente reputam fundamental seja o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 julgado inconstitucional.

I – LEGÍTIMIDADE DAS ENTIDADES SUBSCRITORAS COMO *AMICI CURIAE* NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 635.659

O instituto do *amicus curiae* teve sua inserção formal na legislação processual constitucional com as leis 9.868/99 e 9.882/99, que dispõem sobre o trâmite das ações diretas de inconstitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente.

No que se refere às ADIns, o art. 7º, §2º. da Lei 9.868/99, dispõe que:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ocorre que a possibilidade de ingresso como *amicus curie* não se restringe às ações de controle concentrado de constitucionalidade, mas se estende para aquelas de caráter difuso, em especial para aquelas que tiveram repercussão geral reconhecida, como é o caso ora em debate.

No que tange aos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida, os artigos 543-A, §6º do Código de Processo Civil, e o artigo 323, §3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, regulamentam a matéria:



CPC

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

RI STF

Art. 323, § 3º. Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

No entendimento desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de manifestação da sociedade civil em tais processos tem o objetivo de **democratizar o controle de constitucionalidade**, oferecendo novos elementos para os julgamentos, o que confere, inegavelmente, maior qualidade nas decisões.

É o que se depreende da ementa de julgamento da ADIn 2130-3/SC:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

- No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.



- A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - **tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.**” (grifamos)

Este posicionamento de ampliação de acesso ao Supremo Tribunal Federal tem se refletido no número de *amici curiae* protocolados, bem como na diversidade de atores proponentes. De fato, mais de 70% dos *amici* são requeridos por atores da sociedade civil e cerca de 19% por organizações de defesa de direitos², como as que ora se manifestam.

Nos termos da previsão legal e da construção jurisprudencial acerca dos limites da possibilidade de manifestações de organizações da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae* nas ações de controle concentrado, depreende-se, no presente caso, a presença de ambos os requisitos para admissão deste *amici curiae*:

- 1) a **relevância da matéria discutida, no sentido de seu impacto sócio-político:** evidencia-se no caso em tela tanto pela legitimidade da demanda, fundada na garantia de direitos individuais frente a força do poder de punir e tipificar penalmente condutas, como também pelo impacto que a decisão a respeito do tipo penal de consumo pessoal

² Pesquisa desenvolvida em dissertação de mestrado Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal, de Eloísa Machado de Almeida, Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.



de drogas terá para toda a população, em particular considerando o impacto da Lei de Drogas no sistema carcerário;

- 2) **a representatividade dos postulantes e a sua legitimidade material**, por sua vez, ficam afirmadas por suas missões institucionais e pelos reconhecidos trabalhos na área de proteção e garantia de direitos fundamentais discutidos no caso em questão. Vejamos:

Conectas Direitos Humanos foi fundada em 2001 com a missão de fortalecer e promover o respeito aos direitos humanos no Brasil e no hemisfério Sul, dedicando-se, para tanto, à educação em direitos humanos, à advocacia estratégica e à promoção do diálogo entre sociedade civil, universidades e agências internacionais envolvidas na defesa destes direitos. Por meio de seu Programa de Justiça, Conectas promove advocacia estratégica em direitos humanos, em âmbito nacional e internacional, com o objetivo de alterar as práticas institucionais e sociais que desencadeiam sistemáticas violações de direitos humanos. É hoje a organização com maior número de *amicus curiae* frente a este Supremo Tribunal Federal.

Instituto Sou da Paz é uma OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) que está sediada em São Paulo e há mais de 10 anos trabalha pela prevenção da violência no Brasil, procurando influenciar políticas públicas nessa área.

Instituto Terra Trabalho e Cidadania- ITTC- é uma organização não-governamental, com sede em São Paulo, Capital, constituída em outubro de 1997 por profissionais que atuam em defesa dos direitos dos cidadãos. O ITTC carrega a história de luta e de engajamento político e social de seus sócios fundadores, nas mais diversas áreas de defesa dos direitos dos cidadãos.

Pastoral Carcerária é a presença da Igreja Católica e da sociedade nos cárceres para a evangelização da pessoa presa e para a promoção dos direitos fundamentais da população encarcerada. Com cerca de 6 mil agentes pastorais, está presente em todo o país e, por meio de



sua assessoria jurídica, se empenha em traduzir as mazelas identificadas nas visitas regulares às diversas unidades prisionais espalhadas pelo Brasil em demandas jurídicas aptas a apoiar transformações sociais promotoras de direitos fundamentais e humanos.

Considerando que todas as entidades desenvolvem ações ligadas à proteção dos direitos humanos e em particular na área de justiça criminal e no sistema carcerário, restam, deste modo, devidamente demonstrados os requisitos necessários para a admissão da presente manifestação na qualidade de *amici curiae*, o que desde já se requer.

II- OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659

O presente Recurso Extraordinário questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), o qual dispõe:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O argumento central do Recurso Extraordinário é que este artigo viola o direito individual à intimidade e vida privada previsto no artigo 5º da Constituição da República:

Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;



Em vista deste debate de extrema relevância, as organizações Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania- ITTC e Pastoral Carcerária, que ora se manifestam na qualidade de *amici curiae*, oferecem, nesta oportunidade, argumentos em favor da declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 do Lei de Drogas.

III – A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

À época de sua promulgação, em 2006, a Lei nº 11.343 foi noticiada como inovadora na medida em que colimava estabelecer definitivamente tratamento jurídico diferenciado a usuários e a traficantes de entorpecentes.

Tocante aos casos de usuários, a disposição preambular da Lei nº 11.343 elenca como objetivos das medidas prescritas a **prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.**

Dentre referidas medidas, manteve-se a criminalização ao porte de entorpecentes para uso próprio (artigo 28), extirpando-se, no entanto, de seu preceito secundário a previsão de pena privativa de liberdade.

Côncias da amplitude do problema do uso de entorpecentes no Brasil e da necessidade de abordá-lo de maneira séria e efetiva, as entidades subscritoras vêm, em proveito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário epigrafiado, articular as razões de fato e de direito pelas quais reputam inconstitucional a criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio.

Para tanto, (i) esboçaremos, inicialmente, breve histórico do processo de criminalização do usuário de drogas; (ii) após, apenas pincelaremos argumentos pertinentes à violação dos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada, uma vez que avaliamos a



argumentação elaborada pela Defensoria Pública de São Paulo e enriquecida pelas contribuições das demais entidades que se apresentaram como *amici curiae* completamente suficiente e convincente; (iii) por fim, analisaremos o **postulado da proporcionalidade**, bem como os resultados de três importantes pesquisas sobre o tema para, a partir delas, analisar a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

III.1 – Breve esboço sobre a criminalização do consumo de drogas no Brasil: o trajeto rumo à descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal

Para saber em que contexto a possibilidade de descriminalização do uso de drogas passa a se tornar almejada, inclusive por foros internacionais, e à guisa de bem compreender o processo de criminalização do comércio e do consumo de entorpecentes no Brasil, importa contextualizar, de modo breve, historicamente as raízes da vedação a psicoativos em âmbito normativo.

O modelo internacional de controle do consumo e venda de drogas proveio das disposições contidas na **Convenção de Genebra de 1936** e estabeleceu o desenho básico da política que, em maior ou menor grau, ainda hoje subsiste: legislação restritiva da produção, do comércio e do consumo de entorpecentes, com a previsão de internação de usuários.

A **“Convenção Única sobre Entorpecentes”** (Nova Iorque, 1961³), o **“Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas”** (1971) e a **“Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas”** – mais conhecida como **“Convenção de Viena”**⁴ (1988) formam uma tríade de convenções entabuladas na ONU que

³ “Em 1972, foi assinado um Protocolo emendando a Convenção de 1961 para aumentar os esforços no sentido de prevenir a produção ilícita, o tráfico e o uso de narcóticos, mas também se registrou a necessidade de providenciar acesso a tratamento e reabilitação de drogados, em conjunto ou em substituição à pena de prisão nos casos criminais envolvendo adictos. Tal Protocolo é considerado importante, pois autorizava os Estados a adotarem medidas menos repressivas com relação aos usuários, especialmente a substituição do encarceramento, o que hoje serve como fundamento legal aos países europeus que adotam uma política alternativa para os usuários que incluem opção de tratamento e redução de danos“. (Boiteux, 2009, p.19)

⁴ Nesse contexto, a América Latina emerge ao governo americano, desde pelo menos os anos 80-90, enquanto possível ‘pólo’ de desenvolvimento de grupos paramilitares ou guerrilheiros, que através da suposta articulação entre crimes econômicos, tráfico de drogas, contrabando de armas e mercadorias ilícitas, estariam se articulando



sedimentam o **paradigma proibicionista**, repressivo e de intolerância à produção, ao comércio e ao consumo de entorpecentes⁵, com premissas que podem ser assim resumidas:

- 1) Trata-se de um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito;
- 2) Defende-se a criminalização do uso e comércio de drogas, com opção primordial pela pena de prisão;
- 3) Não se prioriza o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas;
- 4) Rejeita-se as alternativas penais, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas, por exemplo;
- 5) Não são reconhecidos os direitos das comunidades e dos povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais, priorizando a meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional.

O Brasil não passou incólume por esse processo.

Em 1971, é editada a **Lei nº 5.726** que, de um lado, marca a decodificação da matéria e, de outro, **alinha o sistema repressivo brasileiro às orientações internacionais**.

em uma criminalidade (des)organizada ou transnacional. Tais discursos e práticas americanas visam por formas diversas, exercer influência hegemônica dos EUA para com a região. Sobre o assunto, ver: HERZ, M. Política de segurança dos EUA para a América Latina após o final da Guerra Fria. *ESTUDOS AVANÇADOS, USP, vol. 16* (46), p. 85-104, 2002; e PEREIRA, P. J. R. *Crime transnacional e segurança: aspectos recentes do relacionamento entre Estados Unidos e América Latina*. In: Luís Fernando Ayerbe. (Org.). De Clinton a Obama: políticas dos Estados Unidos para a América Latina. 1 ed. São Paulo: Fundação Editora Unesp, 2009, v. 1, p. 129-157.

⁵ Além das mencionadas convenções, foram assinados três Protocolos: o Protocolo de Genebra (1946), o Protocolo de Paris (1948) e o Protocolo para a limitação e regulação do cultivo da papoula, da produção e das trocas internacionais e do uso do ópio (1953). Nesse sentido, ver BOITEUX, Luciana, 2009, p.18. In: *Tráfico de Drogas e Constituição*. Brasília: SAL-Ministério da Justiça (Série Pensando o direito, vol. 1).



Já em um contexto de vigência da **Doutrina da Segurança Nacional**, estrutura-se política penal endereçada, sobretudo, a dois inimigos internos: um estritamente político: o militante contrário ao regime ditatorial (“subversivo”); outro “político-criminal”⁶: o traficante.

A despeito de o discurso ser entoado contra o traficante, o usuário (identificado, da perspectiva do discurso médico-jurídico, com o dependente) segue como alvo de ações repressivas, mas com a inclusão de uma agravante: a pena, idêntica para traficantes e usuários, foi aumentada, com a previsão de reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa.

Cinco anos depois, sobreveio a **Lei nº 6.368/76**, cujas disposições consolidam de vez o modelo político-criminal de combate às drogas estabelecido nos tratados e convenções internacionais.

Estabelece-se diferenciação de tratamento penal a usuários (e dependentes) e aos traficantes. Àqueles, destina-se discurso terapêutico, mas ainda com previsão de pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. A estes, substancial aumento de pena: reclusão de 3 a 15 anos e multa.

Em **1991**, é aprovada pelo Congresso Nacional a Convenção de Viena. Fruto da Conferência Internacional sobre o Uso Indevido e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (1987), a Convenção marca a **internacionalização da política repressiva estadunidense**.

Ineditamente, é incluso no texto da Convenção **mandado de criminalização para as condutas de posse, compra ou cultivo de entorpecentes para o uso pessoal** (art. 3º, item 2).

Ainda na década de 1990, enceta-se debate no Congresso Nacional para a **reforma da Lei nº 6.386/76**, que culminou na **promulgação da Lei nº 10.409/02**. O texto aprovado pelo Congresso Nacional, conquanto tenha mantido a tipificação da conduta de porte de

⁶ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. *Lumen Juris*, 2010. P. 21.



entorpecentes para uso pessoal, previa medidas descarcerizantes. Todavia, após a aprovação no Legislativo, o capítulo referente aos delitos e às penas foi integralmente vetado pela Presidência da República, sendo promulgada apenas a parte processual (com forte viés inquisitório).

Em 1998, realiza-se em Nova Iorque uma Sessão Especial da Assembléia Geral da ONU (UNGASS) com o objetivo específico de discutir o problema mundial das drogas. Acena-se para o início de um processo de modificação do discurso que enfatizava a “Guerra às Drogas” para um discurso que prioriza a política de redução de danos e cooperação internacional.

Insera-se, nesse contexto, o processo de mudança na legislação brasileira observada a partir das primícias dos anos 2000.

Em 2002, é apresentado, pela Comissão Mista de Segurança Pública, o Projeto de Lei do Senado Federal 115/2002, com a previsão de pena de reclusão de 3 a 15 anos para o crime de tráfico de drogas. No que diz respeito estritamente ao consumo de drogas, o projeto de lei dispunha, em seu artigo 22:

Art. 22. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, **em pequena quantidade**, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com de terminação legal ou regulamentar.

Medidas de caráter educativo:

- I – prestação de serviços à comunidade;
- II – comparecimento a programa ou curso educativo;
- III – proibição de freqüência a determinados locais;
- IV – submissão a tratamento;

Após a aprovação, em segundo turno, o Projeto do Senado Federal foi encaminhado, em agosto de 2002, à Câmara dos Deputados e recebeu o número 7.134. Ao PL 7.134 (PLS 115/2002) foi apensado o PL 6.108/2002, que alterava a Lei nº 10.409/2002.



No que tange ao consumo e posse de drogas, o projeto dispunha praticamente as mesmas medidas que o PL 7.134 de 2002, contudo estabelecia a pena de prisão para o usuário.

Segundo o **Relator do Projeto**, Deputado Paulo Pimenta (PT-RS), o grande problema dos projetos era a **não diferenciação entre as condutas de uso e de tráfico de drogas**. No parecer apresentado no dia 12.02.2004, explicita:

Tanto o PL nº 7134, oriundo do Senado, quanto o Substitutivo aprovado pela CSPCCOVN, buscam, dar novo tratamento à legislação sobre drogas. No entanto, os dois projetos, em que pese o reconhecimento do esforço dos parlamentares que os aprovaram, não fazem uma diferenciação adequada entre o uso e tráfico. (...) O usuário ou dependente de Drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social.

(Diário da Câmara dos Deputados, Fev. 2004, p.05401-05402)

Foi proposto substitutivo ao PLS 115/2002, no qual se elaborou redação muito próxima à redação que se consolidaria na Lei nº 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O substitutivo ao PL 7.134 de 2002 elaborado pela **Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico - CSPCCOVN** (que deu origem à Lei nº 11.343 de 2006) teve por objetivo central distinguir o usuário ou dependente do traficante.



Homólogo objetivo serviu de argumento para o legislador nomear o substitutivo como SISNAD (Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas). Afirmou, à época, o relator:

*Nesse sentido, procuramos, no Substitutivo, **separar usuário ou dependente do traficante**. Para os primeiros, **formulamos uma política que busca inseri-los no âmbito da saúde pública**. Para os segundos, atendendo ao clamor da sociedade brasileira, mantivemos as medidas de caráter repressivo, melhorando, no entanto, a redação de alguns dispositivos que não estavam de acordo com o sistema de penas brasileiro.*

Dessa forma, as alterações finais do texto que deram origem à Lei nº 11.343 de 2006 visaram os seguintes objetivos, segundo o parecer do relator Deputado Paulo Pimenta:

- 1) **Uso de drogas:** *Com relação ao uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente.*
- 2) **Criminalização do uso de drogas:** *Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. (idem, 05403)*

Com a promulgação da **Lei nº 11.343/2006** (26.08.2006), a despeito da **retórica preventiva** que subjazia ao afastamento da possibilidade de pena privativa de liberdade, **manteve-se política ambígua com relação ao usuário e ao dependente**: a manutenção da criminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal deu continuidade à lógica repressiva ao mesmo tempo em que esvaziou o próprio discurso preventivo. Isso porque a mera tipificação de uma conduta não traz consigo prevenção, apenas possibilidade de punição para quem cometeu aquele ato. A prevenção tem espaço em esferas diversas da esfera penal, em especial quando se trata, como no presente caso, de prevenção de condutas lesivas à saúde individual. Prevenir que as pessoas consumam drogas passa longe do caminho criminal e se insere no espaço da educação para a saúde.

A Lei nº 11.343/2006 segue em vigor e ora tem a constitucionalidade de seu artigo 28 questionada no presente Recurso Extraordinário.



O momento é propício para uma decisão no sentido de considerar a inconstitucionalidade da criminalização da conduta de consumos de drogas: em 2009, foi promovida pela ONU, em Viena, reunião da CND (*Commission on Narcotic Drugs*)⁷, com o objetivo de delinear, a partir da avaliação dos resultados aferidos desde a última reunião (UNGASS de 1998 - cuja meta fora alcançar “um mundo livre de drogas”), a política oficial da ONU para o decênio subsequente.

No discurso apresentado em Viena, o Diretor-Executivo do UNODC admitiu parte do fracasso das políticas de drogas da ONU com relação às metas propostas.

Por outro lado, a fala do Diretor do UNODC revelou também maior abertura a questões sensíveis, como a saúde do usuário, o respeito a direitos humanos e a noção de responsabilidade compartilhada das nações na implementação e financiamento do controle de drogas.

Exemplo maior do início da mudança de posicionamento da ONU foi a polêmica na tentativa das Nações Unidas em incluir a “redução de danos” dentre as metas oficiais a serem alcançadas. A maioria dos países presentes na reunião reafirmou a política de redução de danos e defendeu enfaticamente uma visão que incorpore os direitos humanos para o tratamento dos dependentes de drogas.

A propósito, vale registrar que a política de redução de danos foi oficialmente reconhecida e regulamentada no Brasil em 04.07.2005, por meio da Portaria n.1028/95 do Ministério da Saúde.

Quanto à participação do Brasil na reunião da ONU de 2009, destaca-se a declaração⁸ do ex-ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional do Brasil, General Jorge Armando Felix.

⁷ Composto por 53 países membros eleitos pelo ECOSOC, para um mandato de 4 anos que se reúne anualmente em Viena.

⁸ Integra do discurso no sítio eletrônico: www.obid.senad.gov.br (Boiteux *et.al*, 2009, p.26).



O Ministro afirmou explicitamente que o objetivo da UNGASS 1998 de “um mundo livre de drogas” se mostrou inalcançável e apontou para as consequências sociais do aumento da violência e da população prisional relacionadas com o mercado de drogas ilegais, bem como para o aumento da mortalidade de jovens e também da exclusão social. Enfatizou ainda a necessidade de uma sistemática revisão das políticas de drogas que abranja: estratégias de redução de danos; investimento em pesquisas sobre dependência de drogas; garantia dos direitos humanos dos usuários de drogas; incremento de ações e programas de prevenção baseados em dados científicos, com ênfase nas populações mais vulneráveis; aumento de acesso para dependentes de drogas.

O Plano de Ação da ONU até 2019, resultante desta reunião, prevê: a redução do uso e da dependência das drogas; o **desenvolvimento de estratégias de diminuição da criminalização do uso**, além de ações de redução da produção ilegal de estimulantes, como as anfetaminas; a cooperação internacional para a erradicação do cultivo e produção de drogas; o combate à lavagem de dinheiro e a cooperação judicial.

Pode-se perceber que, a partir da reunião de Viena (2009), abriu-se um maior espaço para a adoção pelos países das políticas alternativas de controle do uso de drogas ilícitas.

A implementação de políticas alternativas ao proibicionismo, como a redução de danos e a descriminalização da posse de entorpecentes para uso próprio, emerge como estratégia de política pública mais humana e efetiva ao fim de reduzir e diminuir os danos e riscos relacionados ao consumo de drogas ilícitas.

III.2 – Sobre a violação dos primados da lesividade, da intimidade e da vida privada



Salo de Carvalho escreve, com bastante acerto, sobre uma *insustentabilidade jurídica*⁹ da criminalização do uso de entorpecentes, especialmente por violação aos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada.

Cuida-se de princípios que se entrecruzam e conformam a própria **concepção secular de Estado**, pela qual direito e moral devem estar seccionados, sendo sempre defeso ao Poder Público impor, ao seu alvitre, padrões de comportamentos.

Assim, ao efetivar o princípio da lesividade (ou da ofensividade), **insta sempre salvaguardar do processo de criminalização aquelas condutas que não denotam dano a terceiros.**

A propósito, ensina Claus Roxin que *só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral*¹⁰

Deduz-se a vigência do princípio da lesividade não apenas do ordenamento jurídico (artigo 98, I, CR e artigo 13, CP), mas também da lógica iluminista/garantista, por meio da qual não haverá pena, crime, tampouco lei penal se não houver dano (*nulla poena, nullun crimen, nulla lex poenallis, sine iniura*¹¹).

Acerca da intimidade e da vida privada, a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

O dispositivo é claro ao proteger de qualquer ingerência estatal opções ou ações cujas conseqüências (boas ou ruins) não exorbitam a esfera pessoal.

⁹ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. *Lumen Juris*, 2010. P. 161.

¹⁰ Citado por BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Ed. Revan. RJ, 2007. P. 91.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição. Ed. RT, SP, 2010. P. 428.



Animado pelos mesmos primados, Antonio Escohotado resume a querela com inspirada metáfora:

De la piel para dentro empieza mi exclusiva jurisdicción. Elijo yo aquello que puede o no cruzar esa frontera. Soy un estado soberano, y las lindes de mi piel me resultan mucho más sagradas que los confines políticos de cualquier país.¹²

As disposições expressas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 elidem-se justamente com os princípios expostos.

Com efeito, o porte de substância entorpecente para consumo pessoal consubstancia, quando muito, **perigo de autolesão**, impassível de ser tutelado pelo Direito Penal, sob pena de afronta aos imperativos mencionados.

Inegável que o Legislador, ao criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal, chancelou a interferência pelo ramo do Direito mais forte do Estado nas opções de caráter privado, ao despojo das mencionadas garantias constitucionais.

A conclusão é inequívoca: por atingir a base dos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada, o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 deve ser declarado inconstitucional.

No mesmo caminhar, de se conferir trecho esclarecedor de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual o artigo 28 da Lei de Drogas foi justamente julgado inconstitucional:

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

¹² ESCOHOTADO, Antonio. *Aprendiendo de las Drogas*. Barcelona, 2006. Citado por Salo de Carvalho - A Política Criminal de Drogas no Brasil. Lumen Juris, 2010, p. 168.



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.

(Apelação Criminal nº 01113563.3, TJSP, 6ª Câmara C do 3º Grupo da Seção Criminal, julgado em 31 de março de 2008, v.u.)

O que se argumenta aqui é que a escolha da via penal não é legítima, nem a mais eficaz. Portanto, não é constitucional para tutelar o consumo pessoal de drogas.

Não bastasse a violação em abstrato dos citados princípios, a criminalização do usuário de entorpecentes, na prática, tem sido notoriamente malograda.

Completamente inábil aos fins a que se propõe alcançar, a criminalização de usuários de entorpecentes vem, na realidade, agravando a situação: além de não evitar o consumo de entorpecentes, faz também realçar o grau de estigmatização e de carência de usuários e dependentes.

É sob essa perspectiva que ora passamos a abordar a matéria em debate.

III.3 –Das mazelas da atual política de criminalização de pessoas usuárias de entorpecentes: aplicação do postulado da proporcionalidade.

A- O resultado prático da criminalização do “crime de usuário”:

Recentes pesquisas centradas nos **resultados da política de drogas adotada no Brasil** trazem dados e conclusões bastante significativos acerca do problema da criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio.

Cumprir expor, aqui, sinteticamente, o teor de três delas, com foco, sobretudo, na questão da criminalização do usuário e do dependente de entorpecentes:



- 1) “Tráfico de Drogas e Constituição” (Série Pensando o Direito – n°. 1/2009 – Secretaria de Assuntos Jurídicos do Ministério da justiça (SAL), Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e Faculdade de Direito da UNB);
- 2) “Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento da cidade do Rio de Janeiro” (Associação pela Reforma Prisional, CESEC/UCAM e *Open Society Institute*, 2011); e
- 3) “Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” (Núcleo de Estudos da Violência - USP e *Open Society Institute*, 2011).

Da síntese das três pesquisas, é possível enumerar constatações e conclusões bastante convergentes com relação à criminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal:

- 1) A distinção entre os crimes de porte para uso (artigo 28) e porte para tráfico (artigo 33) é extremamente frágil e insuficiente, gerando ampla margem de discricionariedade e arbítrio à autoridade policial responsável pela abordagem;**
- 2) A grande maioria dos casos que envolvem porte de entorpecentes deriva de prisão em flagrante, ou seja, não há um trabalho de investigação por parte da polícia para combater os esquemas de tráfico de drogas;**
- 3) Há um perfil bem nítido de pessoas selecionadas nesses casos: jovens, pobres, negros e, em regra, primários;**
- 4) A maior parte das pessoas detidas por envolvimento com entorpecentes estava sozinha na hora do flagrante;**



- 5) São ínfimos os casos em que a pessoa presa por envolvimento com entorpecentes portava arma;
- 6) Na maior parte dos casos, a pessoa acusada portava pequena quantidade de entorpecentes;
- 7) Em regra, a única testemunha do caso é o policial (ou policiais) que efetivou a prisão, cuja palavra é supervalorizada pelo Judiciário por possuir fé pública;
- 8) Apesar do acréscimo repressivo ao tráfico de drogas imposto pela Lei nº 11.343/2006, de lá para cá, comércio e consumo de entorpecentes seguem cada vez mais ascendentes.

A partir dessas convergências extraídas de três pesquisas elaboradas por instituições manifestamente respeitadas, com reputação nacional e internacional, robustece-se a hipótese ventilada pelos pesquisadores do NEV de que **usuários são corriqueiramente presos como se traficantes fossem.**

Mais do que isso: deduz-se claramente que a distinção entre o usuário e o traficante é definida por critérios completamente arbitrários e discriminatórios, cuja aplicação deságua em realidade na qual, em regra, o “usuário pobre” é criminalizado como traficante, ao passo que o “usuário rico” não é tratado pelo sistema penal.

Vera Malaguti Batista descortina com precisão o encadeamento de indigitada seletividade no sistema penal:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação de tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar



que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.¹³

Como se articulará na seqüência, os resultados trágicos dessa política de criminalização e de estigmatização de usuários de entorpecentes (sobretudo os jovens e pobres) podem e devem ser elementos para análise sobre a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

A pesquisa (1) **“Tráfico de Drogas e Constituição”**, capitaneada por Luciana Boiteux, compreendeu o recorte temporal entre outubro de 2006 e maio de 2008, com a análise de sentenças e acórdãos relativos ao tráfico de drogas, nas cidades do Rio de Janeiro e de Brasília.

De um modo geral, a pesquisa constatou que:

- 1 - 66,4% das pessoas condenadas eram primárias;
- 2 - 90% foram presas em flagrante;
- 3 - 65% não tinham vinculação com grupo criminoso;
- 4 - Apenas 14% portavam armas no momento da prisão;
- 5 – Ao menos 61,5 % foram presas sozinhas.

No que tange à **alta seletividade do sistema penal**, alerta-se, na pesquisa, que ***os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. Além disso, a pesquisa aponta que o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do***

¹³ MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ICC, 1998.



tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas¹⁴.

A endossar tais assertivas, verifica-se na pesquisa que **a maioria das pessoas foi presa sob a acusação de portar pouca quantidade de entorpecentes (até 100g).**

Entre as conclusões, aponta-se *o absoluto descrédito do sistema de controle internacional de drogas com base nas três convenções internacionais, diante da sua incapacidade de alcançar os fins a que se propunha, bem como de sua ineficiência e da violação de direitos humanos, o que pode ser avaliado pela manutenção do alto consumo de drogas ilícitas¹⁵.*

Aponta-se, ademais, que *há aspectos dos tratados internacionais de drogas que devem ser revistos e/ou interpretados de forma restritiva, especialmente a criminalização do usuário. Ademais, a lei não é clara quanto à distinção entre a tipificação das condutas de uso e de tráfico, e o resultado disso é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei punitiva e desproporcional, concede amplos poderes ao policial que primeiro tem contato com a situação.¹⁶*

Por sua vez, na pesquisa (2) **“Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento da cidade do Rio de Janeiro”**, coordenada por Julita Lemgruber e Márcia Fernandes, analisou-se os resultados do projeto *“Avaliando o impacto da assistência jurídica na vida dos presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro”*, com foco na situação de presos provisórios mantidos em Delegacias do Rio de Janeiro entre janeiro de 2010 e junho de 2011.

A pesquisa parte do pressuposto de que a recente explosão de crescimento da população carcerária está diretamente relacionada com a política de drogas adotadas pelo país.

¹⁴ Grifamos.

¹⁵ “Tráfico de Drogas e Constituição” (Série Pensando o Direito – n.º. 1/2009 – Secretaria de Assuntos Jurídicos do Ministério da justiça (SAL), Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e Faculdade de Direito da UNB).

¹⁶ *Idem.*



Em estreito período de 5 anos – 2005 a 2010 – a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas mais do que triplicou, com recrudescimento de 220%:

2005 - 31.520 mil
2006 – 45.633 mil
2007 - 62.314 mil
2008 – 71.598 mil
2009 – 86.072 mil
2010 – 100. 648 mil

Pessoas presas condenadas por crimes relacionados a drogas no sistema penitenciário brasileiro - Fonte: DEPEN/MJ

Nesse contexto, aponta-se que, a despeito de a Lei nº 11.343 ter afastado a possibilidade de pena de prisão nos casos de porte de entorpecentes para uso próprio, **a lei não estabeleceu critérios objetivos para definir quem é usuário. Soma-se a isso o fato de os seus resultados serem muito limitados no que se refere à prevenção e à redução de danos**¹⁷.

De acordo com a redação do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, “para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade de substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, **às circunstâncias sociais e pessoais**, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”¹⁸.

Sobre os elementos prescritos pelo artigo 28, § 2º, assere-se na pesquisa, com bastante clareza, quão seletivos eles são em relação aos seus destinatários:

¹⁷ “Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento da cidade do Rio de Janeiro” (Associação pela Reforma Prisional, CESEC/UCAM e *Open Society Institute*, 2011).

¹⁸ *Idem*.



Ora, quem acompanha o funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil sabe que o exame das “circunstâncias sociais e pessoais” é uma brecha para a rotulagem segundo atributos econômicos e sociorraciais, que tem levado jovens pobres, sobretudo negros, sem recursos para pagar advogados, ao encarceramento por tráfico, enquanto outros jovens, com a mesma quantidade de drogas, mas com melhores “circunstâncias sociais e pessoais”, são enquadrados como usuários e não submetidos à prisão¹⁹.

Outro aspecto de suma importância é problematizado: o encarceramento em massa de mulheres e a sua íntima relação com a política de drogas em vigor.

Se, no período de 2005 a 2010, a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas (homens ou mulheres) cresceu 220%, quando se faz o recorte de gênero, percebe-se que, no mesmo período, o número de mulheres presas condenadas por tráfico de drogas aumentou em aproximadamente 600%!

Nesse mesmo período, das 15.263 mulheres presas, quase 10 mil o foram sob a acusação de tráfico de drogas.

Chega-se, ademais, a outra constatação bem relevante: em 70,6% dos casos de acusação por crime contra a propriedade, houve manutenção da prisão da pessoa acusada, ao passo que 94,9% das pessoas acusadas por tráfico de drogas foram mantidas presas.

Por derradeiro, a pesquisa (3) “**Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**”, coordenada por Maria Gorete Marques de Jesus, teve como escopo compreender a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, com foco na análise das formas de distribuição desigual da justiça entre cidadãs e cidadãos. Para tanto, foram analisados 667 autos de flagrante por tráfico de drogas ocorridos na cidade de São Paulo entre novembro de 2010 e janeiro de 2011.

¹⁹ *Idem.*



De início, afere-se na pesquisa que, **desde a edição da Lei nº 11.343/06, a incidência de crimes de tráfico de drogas no sistema de justiça aumentou consideravelmente, ampliando sua participação no total de presos²⁰.**

Na mesma toada das duas pesquisas citadas anteriormente, aponta-se a **precariedade da distinção entre traficante e usuário, com perigosa margem para classificações arbitrárias.**

A fim de explicar o sensível aumento do número de casos de tráfico de drogas no sistema de justiça, aventa-se algumas hipóteses:

- A) Há um aumento real no tráfico e consumo de drogas. Alguns relatórios internacionais apontam para o crescimento de ambos a despeito do investimento em sua repressão;
- B) Independente da hipótese A, pode-se supor um maior foco dos órgãos de segurança pública na repressão do tráfico de entorpecentes, o que tem levado a mais prisões relativas a este crime;
- C) Segundo Boiteux (2009), a nova lei, apesar de enfraquecer o controle em relação ao usuário, aumentou a pena-base para os crimes de tráfico, o que contribuiria para o aumento da população carcerária no período posterior à lei;
- D) Pode-se estar prendendo usuários como traficantes²¹.

Mais especificamente quanto à última hipótese, é repisado o problema da **frágil diferenciação entre traficante e usuário**, bem expressa em depoimento de promotor de justiça entrevistado ao longo da pesquisa:

²⁰ Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” (Núcleo de Estudos da Violência - USP e *Open Society Institute*, 2011).

²¹ *Idem*.



*Não temos uma diferenciação muito clara entre traficante e usuário e não sei se o legislador vai conseguir fazer isto porque **hoje em dia as pessoas são apreendidas com 15 g de maconha**, etc. É para uso próprio, é para uso dos amigos ou é para vender? Então esta diferenciação nós não temos na legislação. E eu não sei se a lei é capaz de nos dar esta nitidez²².*

A partir dessa indeterminação legal, a pesquisa aborda os critérios utilizados pelos agentes do sistema penal (policiais militares, delegados, promotores e juízes) para capitular os casos aferidos como porte para uso próprio ou para tráfico de entorpecentes.

Os pesquisadores ainda averiguaram que **em cerca de 7% dos casos a pessoa ficou presa durante todo o processo e, ao final, houve desclassificação de porte para uso²³**.

Nesse contexto, os entrevistados da pesquisa foram indagados sobre prisões em flagrante por tráfico que suscitam dúvidas: *o delegado (3) respondeu que mantinha a pessoa presa, mesmo ela podendo ser usuária e não traficante. Segundo ele, caberia ao juiz definir o delito. O promotor (3) respondeu que prefere denunciar como tráfico porque, segundo ele, no curso do processo haveria “a possibilidade de reformar” sua condenação.*

Alguns aspectos das prisões em flagrantes analisadas denotam certo padrão, segundo a pesquisa; dentre esses aspectos, destaca-se:

- Os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina;
- Apreende-se **apenas uma pessoa presa por ocorrência e há apenas a testemunha da autoridade policial que efetuou a prisão;**
- **A média das apreensões comuns foi de 66,5 gramas de droga;**

²² *Idem.*

²³ *Idem.*



- Os acusados não têm defesa na fase policial;
- **A pessoa apreendida não estava portando consigo a droga;**
- As ocorrências de flagrantes de tráfico de drogas não envolvem violência²⁴;
- Os acusados representam uma parcela específica da população: **homens, jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais;**
- Os réus respondem ao processo privados de liberdade.

Os pesquisadores do NEV afirmam, entre as conclusões da pesquisa: *a principal consequência dessa política de combate acaba sendo a geração de uma grande massa de jovens com passagem pela polícia, registros criminais e com os estigmas produzidos pela prisão.*

B- A inconstitucionalidade da criminalização do “crime de usuário”: aplicação do postulado da proporcionalidade:

O **postulado da proporcionalidade** se assenta sobre três elementos básicos: **adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu.**

Consoante lição do professor Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que

²⁴ Apenas em 3% dos casos a pessoa foi flagrada com posse de arma de fogo (NEV, 2011).



promovem superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.²⁵

De acordo com Virgílio Afonso da Silva,

*A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito (...), empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. **O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.**²⁶*

Circunscrito o objeto do presente Recurso à análise de constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, importa aplicar o postulado da proporcionalidade com base nos resultados expressos pelas três pesquisas sinteticamente expostas acima e também em outros aportes teóricos e empíricos que podem contribuir para o debate.

O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 manteve a criminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal (medida concreta) com a finalidade de prevenir o uso indevido, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes de drogas (preâmbulo e artigo 1º).

Para tanto, foram estabelecidas as seguintes penas:

- Advertência sobre os efeitos das drogas;

- Prestação de serviços à comunidade;

²⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª edição. Ed. Malheiros, 2009. P. 159.

²⁶ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p.23.



- Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

B.1. Adequação

De início, sob o exame da **adequação**, deve-se analisar se a medida concreta (criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio) conduz à realização da finalidade almejada (prevenção, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas).

A julgar pelos resultados extraídos das três pesquisas expostas, inevitável inferir que **a criminalização do porte de drogas para consumo próprio é medida concreta completamente inadequada ao fim de prevenir o consumo de drogas, de atentar e de reinserir usuários e dependentes.**

Como se pôde notar, **é unânime a conclusão no sentido de que a criminalização do usuário e do dependente não impediu o aumento do consumo de drogas.**

Tal conclusão é confirmada pelos levantamentos da ONU sobre consumo de drogas no Brasil e no mundo.

Um ano depois da promulgação da Lei nº 11.343/2006, foi divulgado o Relatório Mundial Sobre Drogas (2007) da Agência da ONU para Drogas e Crime (UNODC), a indicar que, **a despeito da criminalização do usuário e do dependente, o consumo de maconha e de cocaína aumentaram no país** (cocaína: de 0,4% em 2001 para 0,7% da população entre 15 e 64 anos em 2005; maconha: de 1% em 2001 para 2,6% da população entre 15 e 64 anos em 2005²⁷).

No último Relatório Mundial Sobre Drogas (2011) divulgado pela ONU, segue-se como referência os dados de 2005, vez que se trata do último levantamento feito pelo Centro

²⁷ Vide matéria da jornalista Andréa Murta intitulada “ONU relata aumento de consumo de drogas no Brasil” e publicada pela Folha de São Paulo no dia 26.06.2006.



Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID)²⁸. No entanto, **aponta-se que o consumo de cocaína na América do Sul está, atualmente, entre 0,9% e 1% da população entre 15 e 64 anos²⁹.**

Esses dados comprovam que o aumento de repressão pela via penal não tem o condão de reduzir o consumo e a comercialização de drogas no mundo, o que, de pronto, rebate o argumento de que é preciso aumentar ainda mais a pena para se reduzir a prática desses delitos.

A reboque do fracasso da tentativa de prevenir o consumo por meio da criminalização, também os objetivos da atenção e da reinserção do usuário e do dependente não foram alcançados.

Pelo contrário: **a criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio tem sido fator de aumento da vulnerabilidade e da estigmatização social de usuários e de dependentes.**

Causaria espécie, na verdade, se de outra forma ocorresse. Afinal, ao manter a criminalização acompanhada de frágil distinção entre o que é porte para tráfico e o que é porte para uso próprio, o Legislador incorreu em **duplo erro: manteve a questão do usuário e do dependente sob a égide prioritária da tutela policial (no lugar de colocá-la como questão própria dos serviços social, educacional e sanitário)³⁰ e, em agravo, concedeu à polícia ampla discricionariedade para classificar quem são os traficantes e quem são os usuários.**

Os resultados da criminalização de usuários e dependentes de drogas são, como se divisou nas três pesquisas, catastróficos e expõem a completa inadequação da

²⁸ <http://www.cebrid.epm.br>

²⁹ http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_drugs/WDR/2010/WDR_2010_Referencias_ao_Brasil_e_Cone_Sul.pdf

³⁰ Sobre o problema de manter a conduta do usuário e do dependente como questão penal, Carvalho verbaliza: *a constância da opção criminalizadora em manter usuários e dependentes dentro do sistema penal tende a incapacitar a interação do sujeito envolvido com as drogas no seu próprio tratamento, cosificando-o através de observação incentivadora da passividade.* CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Lumen Juris, 2010. P. 151.



criminalização do porte de entorpecentes para consumo próprio à finalidade de prevenção do consumo, atenção e reinserção social de usuários e dependentes.

Na mesma direção, Maria Lúcia Karam é precisa ao alertar que, conquanto a criminalização do consumidor de drogas acene para a proteção da saúde pública, *na realidade, porém, a criminalização afeta essa mesma saúde pública, provocando riscos e danos superiores aos eventualmente provocáveis pelos efeitos primários das substâncias proibidas*³¹.

B.2. Necessidade

Apesar de se ter demonstrado que a criminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas não é adequada, o que por si só, já bastaria para demonstrar a não proporcionalidade da medida, passaremos a discorrer sobre a *necessidade*.

Sob o exame da **necessidade**, impõe-se proceder à *verificação de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados*³².

Ainda que se pudesse considerar a criminalização meio adequado ao fim de “prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, o que, como demonstrado, não é o caso, sob o exame da necessidade, deve-se aferir, entre meios igualmente adequados, qual deles é menos restritivo a direitos fundamentais colateralmente afetados.

Desde logo, vale assentar um pressuposto basilar ao cotejo entre os “meios igualmente adequados”: condiciona a utilização do direito penal o **princípio da intervenção mínima**, pelo qual a intervenção penal deve ser sempre a *ultima ratio* do sistema jurídico.

³¹ KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas*. In *Escritos Sobre a Liberdade*, vol. 3. *Lumen Juris*, 2009. P. 47.

³² *Idem*. P. 170.



A intervenção mínima subdivide-se nos princípios da **subsidiariedade** (pelo qual somente haverá criminalização da conduta nos casos em que outros ramos do direito forem incapazes de responsabilizar adequadamente o agente pela violação ao bem jurídico) e da **fragmentariedade** (pelo qual apenas as lesões mais graves e relevantes aos bens jurídicos mais importantes serão tuteladas).

Nas palavras de Nilo Batista, o princípio da intervenção mínima é oponível *ao legislador e ao intérprete da lei como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direitos democrático*³³.

Verifica-se, portanto, que, em função da aplicação do princípio da intervenção mínima, bastaria a simples existência de outro meio adequado ao fim de “prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” para configurar a inconstitucionalidade da criminalização da conduta em que recai usuários e dependentes de drogas (considerada a hipótese já refutada de a criminalização ser meio adequado), uma vez que **o recurso da criminalização é, a priori, considerado mais restritivo a direitos fundamentais do que outros meios igualmente adequados.**

E, de fato, há meios alternativos à (inadequada) criminalização que são completamente adequados aos fins propostos.

A própria Lei nº 11.343/2006, em sua parte não-criminal, traz proficuas diretrizes que, antagonicamente, são tolhidas pela política repressiva na medida em que expressam política de “redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas” (artigo 20).

Dentre as diretrizes, destacam-se **“a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que**

³³ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Ed. Revan. RJ, 2007. P. 85.



considerem as suas peculiaridades socioculturais” (art. 20, II), a “definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos de danos sociais e à saúde” (art. 20, III) e a “atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais”.

Todas as diretrizes são estabelecidas na lei em articulação necessária com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social e são norteadas, entre outros princípios, pelo “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (artigo 19, III).

A percepção pela maior adequação da política de redução de danos em relação à política de repressiva/penal não se reduz a mera dilação teórica, realçando-se com a experiência de países que optaram por descriminalizar o consumo em favor da promoção de efetiva política entornada à prevenção e à atenção e inclusão social do usuário e do dependente.

Portugal, por exemplo, que, desde 2001, adota modelo de não-criminalização de usuários e dependentes, em proveito de política de redução de danos, tem colhido resultados convincentes.

Sobre a experiência de Portugal, a pesquisa “*What can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs?*” (2010), elaborada por Caitlin Elizabeth Hughes e Alex Stevens, avalia como bem-sucedida a descriminalização em Portugal³⁴. As principais conclusões da pesquisa diagnosticam que:

i) Uso de drogas ilícitas reduziu entre usuários problemáticos de drogas e adolescentes, pelo menos desde 2003;

³⁴ HUGHES, Caitlin Elizabeth e STEVENS, Alex . *What can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs?*. BRIT. J. CRIMINOL. 2010, 50, 999–1022.



ii) Redução do número de infratores por drogas no sistema de justiça criminal;

iii) Aumento da captação no tratamento de drogas;

iv) Redução de mortes relacionadas aos opiáceos e doenças infecciosas;

v) Aumentos nas quantidades de drogas apreendidas pelas autoridades;

vi) Reduções nos preços de venda de drogas.

vii) Ao comparar as tendências em Portugal e na vizinha Espanha e Itália, podemos ainda inferir que algumas tendências refletem claramente mudanças regionais (por exemplo, pequenos aumentos do uso de drogas entre os adultos).

viii) As evidências sugerem que a combinação portuguesa é bem-sucedida, já que, a remoção de sanções penais com a utilização de alternativas e respostas terapêuticas aos usuários dependentes de drogas oferecem várias vantagens a criminalização; como também reduziu-se a carga da aplicação da lei de drogas sobre o sistema de justiça criminal e o uso problemático de drogas relacionado as mortes e graves doenças.

ix) A escolha para descriminalizar não é simplesmente uma questão da pesquisa. É uma escolha ética e política de como o estado deve responder ao uso de drogas.

x) Os portugueses alegam que tal reforma não é uma solução rápida ou total, mas tem inúmeros benefícios. Principalmente o de maior oportunidade para integrar usuários de drogas e, para abordar as causas e danos do uso de drogas.



Os bons resultados provindos da opção lusitana refletem a plausibilidade das recomendações contidas nas pesquisas do **NEV** (*Investir na articulação entre as instituições de segurança pública e justiça, do sistema de saúde e do sistema de assistência e proteção social, garantir abordagem multidisciplinar e interinstitucional nos casos que envolvam entorpecentes; Implementar efetivamente o Sistema Nacional de Políticas públicas sobre Drogas*³⁵) e da **SAL/UFRJ/UNB** (*Pode-se, portanto, vislumbrar para o futuro uma maior abertura em alguns países da América Latina em direção a uma política de drogas mais humana e menos repressiva, acompanhada da ampliação das redes de redução de danos, com mais investimentos nessa seara*³⁶).

No Brasil, todavia, apesar de ter sido reconhecida e regulamentada por meio da Portaria nº 1.028/05 do Ministério da Saúde, a política de redução de danos segue desprestigiada e sem efetividade diante do óbice representado pela primazia da tutela penal.

A propósito, vale resgatar a Proposta para uma Política Nacional de Drogas, elaborada em 1992 pelo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN) e que previa “Programa de Prevenção Integral” em detrimento do modelo punitivista.

Ali já se expunha corretamente a contradição implícita na coexistência entre o modelo repressor e o modelo de redução de risco e de danos: *é neste ponto, precisamente, que vimos ao longo dos anos adotando e promovendo teratológica mistura, odiosa confusão, reduzindo toda a questão ao âmbito do direito penal. A lei em vigor é fundamentalmente lei penal, apoiada pela ótica “psiquiatrizada” dos problemas causados pelo “uso de drogas”*³⁷.

A proposta de 1992 foi pautada pelo Legislativo por meio do PL 4.594/1994, mas sucumbiu diante do PL 1.873/1991, transformado na já citada Lei nº 10.409/2002.

³⁵ NEV, 2011, p. 134.

³⁶ SAL/UFRJ/UNB, 2009, p. 206.

³⁷ In CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. *Lumen Juris*, 2010. P. 160.



Carvalho sublinha a importância do PL 4.594/94, o qual demonstra que *paralelamente ao embrião da Lei nº 11.343/06, existia alternativa concreta e viável à política criminal de drogas no Brasil. (...) A proposição do CONFEN, no início da década de noventa, expõe a viabilidade de projetos diferenciados fundados em sérios diagnósticos sobre os elevados custos da opção criminalizadora*³⁸.

Evidencia-se, desse modo, que não apenas há medidas alternativas que podem promover a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e que, ao revés da criminalização, não atingem direitos fundamentais, como também que a própria criminalização do consumo se consubstancia em óbice à implementação dessas medidas alternativas.

B.3. Proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme ficou evidenciado acima, a opção pela via penal para a prevenção do uso de drogas, não superou nenhuma das duas primeiras fases do teste de proporcionalidade, mostrando-se inadequada e desnecessária. Agora, para fins argumentativos, passa-se a análise da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Sob o exame da **proporcionalidade em sentido estrito**, exige-se *a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais*³⁹. Em outros termos, vale-se aqui do cotejo entre as vantagens eventualmente obtidas pela promoção do fim e as desvantagens advindas da adoção do meio eleito.

³⁸ *Idem*. P. 161. Grifamos.

³⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª edição. Ed. Malheiros, 2009. P. 173.



De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a análise da proporcionalidade em sentido estrito, “*consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*”⁴⁰.

Do que foi exposto até aqui, parece bem claro que nada há a indicar que a criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio revela alguma vantagem, vez que os resultados da política repressora a configuram como um grande fracasso.

Já as desvantagens propiciadas pela criminalização do consumo são inúmeras:

Primeiramente, como já se logrou articular, a criminalização do uso de entorpecentes para uso próprio malbarata os princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada.

Para além da violação de tais princípios, as mazelas oriundas da política repressora (e bem expostas pelas três pesquisas aqui sintetizadas) também traduzem desvantagens explícitas e concretas a outros direitos fundamentais.

A manutenção do usuário e do dependente sob a tutela do sistema penal tem sido geratriz de uma série de fatores que aumentam o grau de vulnerabilidade dessas pessoas.

Nessa linha, verificou-se que usuários e dependentes, em razão da frágil distinção entre a tipificação destinada ao porte para uso e aquela destinada ao porte para tráfico, são frequentemente **vítimas de altíssimo grau de discricionariedade por parte da autoridade policial que os aborda.**

Tamanha discricionariedade policial se reflete na relevante porcentagem de casos em que, apesar de a pessoa ter respondido o processo presa sob a acusação de tráfico de drogas, houve desclassificação para o crime de porte para uso próprio (7%, conforme pesquisa do NEV).

⁴⁰ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p.40.



Reflete-se também nos diversos indícios apresentados pelas pesquisas de que **muitos usuários e dependentes são condenados como se traficantes fossem**, o que se expressa nas circunstâncias que envolvem a maior parte dessas casos: **os alvos são jovens, pobres, negros e primários; presos sozinhos no flagrante, sem porte de arma e com pequena quantidade de entorpecentes, tendo como única testemunha presencial o próprio policial que efetuou o flagrante.**

Tais indícios são corroborados no artigo “A ‘Dura’ e o ‘Desenrolo’: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro”⁴¹, em que se revela o fato de que **usuários e dependentes de drogas são altamente suscetíveis a achaques e sevícias policiais.**

No supramencionado artigo, Grillo, Policarpo e Veríssimo afirmam: *o aparente descaso do poder Judiciário com a redução da entrada de usuários no sistema parece ter legitimado a atuação informal dos policiais militares que, já desde antes da nova lei, negociavam o encaminhamento, ou não, dos indivíduos flagrados para a delegacia.*

Em sede de conclusão, Grillo, Policarpo e Veríssimo avaliam que *a ação dos mecanismos de coerção do Estado, amparados nas indefinições de leis como a da nova lei de drogas – a despeito de seu caráter apenas aparentemente liberalizante –, contribui para consolidar a efetividade de estereótipos já arraigados.*

No sítio eletrônico do Banco de Injustiças⁴² - que traz um catálogo de casos concretos de todo o Brasil em que o usuário ou dependente foi tratado criminalmente como se traficante fosse –

⁴¹ GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; e VERÍSSIMO, Marcos. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135-148, out. 2011.

OBS: o artigo foi escrito com base na pesquisa “O uso de drogas e o sistema de justiça criminal”, coordenada por Roberto Kant de Lima, em atenção ao edital do Programa de Treinamento e Capacitação Técnica da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (TCT Faperj 8/2007).

⁴² “Iniciativa conjunta da Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD) e da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) e tem por objetivo promover o debate jurídico sobre a ausência de princípios básicos constitucionais na Lei de Drogas, como o direito à saúde, as limitações do poder punitivo do Estado e, sobretudo, o caráter democrático do Estado de Direito”. Vide: <http://www.bancodeinjusticias.org.br>



também é possível aferir diversos casos concretos de injustiças derivadas da criminalização do usuário e do dependente de drogas.

A alta suscetibilidade a abusos policiais e judiciais a que ficam expostos usuários e dependentes por conta da criminalização atinge, diretamente, o direito fundamental à liberdade (**artigo 5º, caput, CR**) e também o direito fundamental à presunção de inocência⁴³ (**artigo 5º, LVII, CR**).

No rol das desvantagens que acompanham a criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio, inclui-se igualmente o já citado constrangimento à política de redução de riscos e de danos.

A carga de proibicionismo sugerida pela criminalização do consumo **desmobiliza qualquer tentativa de abordagem dialogal da questão do uso indevido de drogas**, porquanto a estigmatização impressa na abordagem penal **marginaliza** pessoas que possivelmente procurariam auxílio houvesse a abordagem efetiva e exclusivamente social.

O desincentivo à procura de assistência social viola, por via oblíqua, o direito à informação (**artigo 5º, XIV, CR**).

Segundo Karam, a intervenção punitiva gera também **outro problema: a clandestinidade conseqüente à intervenção do sistema penal cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas conseqüências aparecem de forma mais dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite**⁴⁴.

⁴³Sobre a presunção de inocência, Aury Lopes Júnior afirma: impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 8ª edição. Ed. Lumen Juris, 2011. P. 181).

⁴⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas*. In *Escritos Sobre a Liberdade*, vol. 3. *Lumen Juris*, 2009. P. 48.



A percepção de Karam é confirmada pela realidade encontrada em locais de grande concentração de dependentes químicos (como, por exemplo, a “Cracolândia”, em São Paulo), onde é comum observar usuários e dependentes de drogas (sobre)vivendo em lugares completamente imundos e insalubres, justamente com a finalidade de evitar a exposição do consumo.

Sob esse aspecto, é dedutível que a criminalização do porte para uso próprio, ao fomentar espaços de manifesta insalubridade, viola o direito fundamental à vida (artigo 5º, *caput*, CR).

Karam aborda ainda outras duas desvantagens provindas da criminalização do consumo: a possível atração que a proibição pode exercer em jovens, ávidos, justamente, pelo que é proibido (a denotar violação ao princípio da proteção integral; art. 227, CR); e a inibição à procura de assistência médica eventualmente necessária gerada pelo receio de ser identificado como criminoso (em afronta ao direito fundamental à saúde; art. 6º, CR)⁴⁵.

Como é possível observar, a criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio, além de não carregar consigo qualquer vantagem, está repleta de desvantagens que a qualificam, inegavelmente, como medida desproporcional.

Demonstra-se, pois, que a criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio não supera o exame de proporcionalidade, não sendo nem adequado, nem necessário e nem proporcional em sentido estrito, atingindo não apenas os princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada, mas também os direitos inscritos nos artigos 5º (*caput*, XIV e LVII), 6º e 227 da CR e, em última instância, o fundamento constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CR).

⁴⁵ *Idem*. P. 50.



Destarte, revela-se imperativa a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as palavras articuladas até aqui, pretendeu-se demonstrar, inicialmente, o percurso histórico da criminalização do consumo de drogas no Brasil, que, como foi possível detectar, surgiu e se intensificou sob forte influência internacional da política proibicionista.

Os resultados da política proibicionista são, como se divisou, catastróficos. De modo que atualmente é perceptível a abertura internacional para a adoção de políticas de descriminalização do consumo de entorpecentes, vide a Conferência sobre Drogas da ONU em 2009.

Para além da violação aos primados da lesividade, da intimidade e da vida privada, conclui-se que também o malogro da política repressora aplicada a usuários e dependentes de drogas, expresso em sérias e agudas pesquisas e mediado pelo postulado da proporcionalidade, serve de forte argumento ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Recentemente, foi veiculado na televisão aberta documentário sobre Marcelo dos Santos Clemente⁴⁶, médico que se embrenhou nas sombras da “Cracolândia” (região central de São Paulo conhecida por abrigar dependentes de “crack”) e lá trabalhou, ladeando e tratando dependentes de “crack” durante os sete últimos meses de sua vida.

⁴⁶ A história de Marcelo dos Santos Clemente foi registrada no documentário “Dr. Marcelo – Diário do Inferno”, produzido pela Rede Record e exibido em rede nacional no dia 15.04.2012. O documentário está disponível no endereço eletrônico: <http://rederecord.r7.com/video/exclusivo-jovem-medico-larga-tudo-para-cuidar-dos-viciados-na-cracolandia-4f8b6ca6b51ac49e74f63aee/>

Marcelo dos Santos Clemente dedicou-se, durante sete meses, a cuidar de dependentes que habitam a “Cracolândia”. Sua jornada foi interrompida por um mal súbito que lhe ceifou a vida aos 27 anos.



A “Cracolândia”, como não se ignora, é talvez o maior símbolo do descaso com que são tratadas pessoas usuárias e dependentes de entorpecentes. Da sua perspectiva de profissional da saúde, Marcelo Clemente assim a descreve:

Pessoas como nós – como eu e você – são agredidas, coagidas, tem seus pés quebrados por coices de cavalo da Polícia Militar. São forçadas a comer excremento pela Guarda Civil Metropolitana e são extorquidas e torturadas pela Polícia Civil. Documentos são roubados e destruídos pela Polícia Militar em incursões noturnas às invasões onde acontecem sessões de torturas quase todos os dias. Pessoas têm suas cabeças presas aos batentes das portas enquanto policiais batem com as mesmas até que elas desmaiem. Dentro das pensões, mulheres são estupradas; crianças são exploradas sexualmente. Adolescentes com dívidas de drogas são forçados a assumirem crimes de acerto de contas pelos traficantes.

O relato impactante de Marcelo Clemente é o testemunho presencial de todas aquelas atrocidades identificadas pelas pesquisas expostas acima.

Sobre a sua experiência, Clemente afirma que achou *seres humanos onde todo mundo só via bichos*.

Talvez o achado de Clemente seja, de fato, a fundamentação mais incisiva para invalidar o artigo 28 da Lei 11.343/2006: se, a exemplo de Clemente, acharmos em usuários e dependentes a dignidade humana que funda nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CR), então não será mais possível tornar a divisá-los como criminosos.

V. PEDIDO

Pelas razões expostas, as entidades subscritas requerem:

- 1) Sejam admitidas como *amici curiae* no Recurso Extraordinário nº 635.659, que teve repercussão geral reconhecida;



- 2) Subsidiariamente, seja esta manifestação admitida como memoriais;
- 3) Seja conferida a possibilidade de sustentação oral dos argumentos deste *amici curiae* em plenário;

Termos em que pedem deferimento.

De São Paulo para Brasília, 25 de maio de 2012

Flávia Xavier Annenberg
OAB/SP 310.355

Helena Romanach
OAB/SP 173.151

José de Jesus Filhos
OAB/SP 215.217

Michael Mary Nolan
OAB/SP 81.309

Rafael Carlsson Custódio
OAB/SP 262.284

Rodolfo Valente
OAB/SP 291.512

Vivian Calderoni
OAB/SP 286.801