

**EXCELENTESSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Ref. RE 635.659

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente Ricardo Lewandowski

MEMORIAIS

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, PASTORAL CARCERÁRIA
NACIONAL, INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, CONECTAS DIREITOS HUMANOS,
INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA; COMISSÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS E
DEMOCRACIA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS SOBRE PSICOATIVOS, INSTITUTO
SOU DA PAZ e VIVA RIO, por seus representantes subscritores, vêm, respeitosamente,
apresentar os presentes **MEMORIAIS**, nos seguintes termos.**

Conforme consta do Diário de Justiça Eletrônico nº 119/2015, publicado em 22/06/2015¹, avizinha-se o julgamento do **Recurso Extraordinário nº 635.659**, no qual foi reconhecida a repercussão geral sobre o tema *"tipicidade penal do porte de droga para consumo pessoal"* (tema 506).

Trata-se de histórica oportunidade em que, além de aferir a constitucionalidade de determinado tipo penal (art. 28, da Lei nº 11.343/06), esta Excelsa Corte se debruçará sobre garantias fundamentais, especialmente o direito à liberdade.

¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=8736761&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20119%20%2019/06/2015>

Embora a Defensoria Pública do Estado de São Paulo tenha sido portadora do anseio de declaração de inconstitucionalidade, a decisão que se aproxima transcende a prestação da assistência jurídica e modificará a vida de milhares de brasileiros. Por tal motivo, a fim de condensar os principais pontos e reiterar o marco representativo deste julgamento, são apresentados estes breves escritos.

Desde a Grécia antiga, mitos e fatos históricos relatam o uso lúdico² e terapêutico de substâncias psicotrópicas. Em Roma, por exemplo, a papoula era prescrita como analgésico e, inclusive, estampava uma das faces da moeda local. Na América pré-colombiana, a coca era utilizada pelos Incas, inclusive para fins farmacêuticos³.

O convívio do ser humano com tais substâncias é, em suma, milenar. Por outro lado, o recrudescimento criminal em relação ao uso destas é, sob o ponto de vista histórico, extremamente recente.

No Brasil, a repressão ao uso de drogas consideradas proibidas se agravou somente após o alinhamento do país à política internacional de repressão às drogas⁴, a partir da subscrição à Convenção Única sobre Estupefacientes (1961) e sua introdução no ordenamento por meio do Decreto nº 54.216/64, editado no início do período militar.

² Costuma-se citar como referência à temática, a tragédia grega "As Bacantes", de EURÍPEDES.

³ Para uma análise aprofundada sobre a história do uso de drogas, v. ESCOHOTADO, Antonio. *Historia Elemental de las drogas*. Barcelona: Anagrama, 1996. p. 182.

⁴ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

Seguindo, portanto, a tendência internacional, o uso de substâncias consideradas ilícitas no Brasil passou de problema social de menor gravidade a alvo prioritário de políticas criminais repressivas.

Ocorre que, nas quase sete décadas que se seguiram desde a inauguração do modelo proibicionista, **a repressão ao consumo de substâncias psicotrópicas pouco coibiu tal conduta**. Pelo contrário, a despeito do recrudescimento do poder punitivo nessa área, verificou-se a majoração nos índices de uso de drogas ilícitas, conforme aponta o Escritório sobre Drogas da ONU (UNODC)⁵.

Ademais, o raciocínio da política proibicionista demonstrou-se irracional: a proibição da produção e consumo de determinadas substâncias aumentou o seu valor de mercado e gerou, como consequência, o contínuo interesse de comerciantes, que visam lucro⁶.

Diante desse panorama, diversos países passaram a revisar a política criminal de drogas, de modo que, atualmente, verifica-se **exponencial tendência descriminalizadora** em relação à conduta daquele que porta drogas para consumo pessoal.

E a perspectiva é animadora.

Isso porque, **nos países em que houve a adoção de postura descriminalizante, o consumo de substâncias entorpecentes encontra-se em franca redução**.

⁵ No último relatório, apontou-se que em 2013 eram 246 milhões de usuários, contingente 0.3% maior do que em 2006, quando eram estimados 208 milhões de usuários. Disponível em <<http://www.unodc.org/wdr2015/>>

⁶ É o que afirma o relatório de um grupo de especialistas da London School of Economics (LSE), em importante estudo denominado *Ending the Drug War*, disponível em: <http://www.lse.ac.uk/IDEAS/publications/reports/pdf/LSE-IDEAS-DRUGS-REPORT-FINAL-WEB01.pdf>

Em Portugal, por exemplo, a descriminalização não ocasionou o aumento dos índices de consumo. Ao revés, são relatados diversos aspectos positivos da descriminalização, tais como, queda da taxa de crimes relacionados ao consumo de drogas, especialmente a pequena criminalidade atribuída a consumidores que visavam obter dinheiro para a sua próxima dose⁷; diminuição da percentagem de consumidores de drogas entre os infectados com HIV⁸; diminuição do consumo entre os jovens⁹; e o aumento de intervenção médica aos usuários¹⁰.

Na Argentina, desde 2009, ano em que a Corte Suprema de Justiça decidiu pela descriminalização do consumo de psicoativos, as taxas de consumo anual entraram em declínio: 7% em 2006; 4% em 2008; 3,5% em 2010 e 3,2% em 2011¹¹.

Inclusive, conforme levantamento realizado pela Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas, sete (de dez) países da América do Sul; dois (de oito) da América Central e do Norte e dez (de vinte e nove) países europeus já operaram a descriminalização da posse de drogas psicotrópicas, muitos por decisão das respectivas Cortes Constitucionais¹².

⁷ Especialmente quando combinada com estratégias de redução de danos, como a disponibilização terapêutica de metadona: Ver e.g. Lind, B. et al., *The effectiveness of methadone maintenance treatment in controlling crime: an Australian aggregate level analysis*, *Br J Criminol* (2005) 45 (2): 201–211.

⁸ Estudo da Open Society Foundations: *Política da Drogas em Portugal - Os Benefícios da Descriiminalização do Consumo de Drogas*, disponível em:

<http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/drugpolicyinportugalportuguese20111206_0.pdf>.

⁹ Relatório da Organização “Transform”:

<https://www.unodc.org/documents/ungass2016//Contributions/Civil/Transform-Drug-Policy-Foundation/Drug-decriminalisation-in-Portugal.pdf>.

¹⁰ QUINTAS, Jorge. Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 65-68 e 72-74

¹¹ Levantamentos estatísticos oficiais, do Observatório Argentino de Drogas, disponíveis em <<http://www.observatorio.gob.ar/www/547/19904/poblacion-general.html>>.

¹² Estudo disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/329890.pdf>>.

Vale lembrar que até mesmo **nos Estados Unidos da América, país que deflagrou a internacionalização do proibicionismo (war on drugs)**, há forte e notória tendência de se superar a antiquada normativa internacional no sentido de **descriminalizar o uso de psicotrópicos**, já tendo ocorrido a legalização do uso de maconha, inclusive para fins recreativos, na capital federal Washington-DC, bem como nos Estados de Alasca, Colorado e Washington¹³.

A própria Organização das Nações Unidas, em verdade, já recomendou de forma expressa a descriminalização do uso de drogas¹⁴.

É chegado, portanto, o momento de o Brasil adequar-se ao paradigma contemporâneo para o tratamento do tema.

Para tanto, esta Corte possui papel fundamental.

Juridicamente, não se pode admitir a intervenção jurídico-penal em face do porte de psicoativos para consumo pessoal, dado seu completo antagonismo com postulados basilares do Direito Penal extraídos, sobretudo, da Constituição Federal: conformação do Estado Democrático de Direito, princípio da autonomia individual, proteção à vida privada e princípio da lesividade.

¹³ Vale destacar, também, que, atualmente, 24 dos 50 estados norte-americanos já regulamentaram o uso da maconha para fins medicinais.

¹⁴ A Organização Mundial de Saúde, principal agência de saúde das Nações Unidas, publicou relatório constando o seguinte: “*Os países devem trabalhar no sentido de desenvolver políticas públicas e leis para desriminalizar a injeção e outras formas de uso de drogas e, assim, reduzir o encarceramento. Os países devem trabalhar no sentido de desenvolver políticas e leis para desriminalizar o uso de agulhas e seringas limpas (e, com isso, permitir programas de substituição agulhas e seringas) e legalizar técnicas de substituição de opiáceos para pessoas que são dependentes dessa substância. Os países devem proibir tratamento obrigatório para pessoas que usam e / ou injetar drogas*” (T.L.). Disponível em: <<http://www.who.int/hiv/pub/guidelines/keypopulations/en/>>.

Com efeito, “os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais”¹⁵. O pluralismo, a tolerância e o respeito à diversidade deveriam garantir plena autonomia do sujeito sobre seus atos, desde que não afete ou coloque em risco factível bens jurídicos de terceiros.

Outrossim, sequer a teoria do bem jurídico possui o condão de legitimar a criminalização ora impugnada, afinal, “a afetação de um bem jurídico, ponto que está na base do princípio da exigência da lesividade da conduta proibida, naturalmente, diz respeito a bens jurídicos de titularidade de terceiros. Não apenas por decorrência do princípio da legalidade, mas também pelo próprio sentido de bem jurídico, que se identifica ao direito que cada indivíduo tem de dispor (isto é, de usar ou aproveitar) certos objetos, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra, etc”¹⁶.

Daí porque “a pretensão de tutela penal da saúde ou integridade do agente contra sua própria vontade e interesse configuraria paternalismo penal intolerável no âmbito de um Estado Democrático [...]”¹⁷, motivo pelo qual a decisão e respectiva ação de consumir qualquer

¹⁵ CARVALHO, Salo de. op. cit. p. 270.

¹⁶ KARAM, Maria Lucia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 29.

¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese apresentada ao concurso de livre-docência junto ao departamento de direito penal, medicina forense e criminologia. Universidade de São Paulo. 2010, p. 342.

substância, incluindo aquelas que possam causar malefícios à saúde do consumidor¹⁸, situam-se em uma esfera nuclear intangível ao poder estatal¹⁹.

Há, ainda, outro fator que deve ser levado em consideração quando do julgamento do recurso sob análise.

De acordo com o último relatório apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil apresentou majoração de 575% no número de pessoas presas desde 1990, contando atualmente com 607 mil presos, 40% dos quais presos a título provisório. **O país possui a quarta maior população carcerária do mundo e a quarta maior taxa de aprisionamento por 100.000 habitantes, com tendência de crescimento, ao contrário dos três primeiros colocados.**

Neste universo prisional, verifica-se que **27% (66.313 pessoas), homens e mulheres, estão presos por crimes relacionados à lei de drogas**. Sob o aspecto do gênero, observa-se que **67% de todas as mulheres presas no Brasil foram encarceradas em razão dos crimes previstos na mencionada legislação**. Vale ainda pontuar que o perfil da mulher presa no Brasil e na América Latina é o de mãe, provedora da família e ré primária. Na esmagadora maioria das vezes, elas relatam já terem sofrido algum tipo de violência de gênero.

¹⁸ Paulo Queiroz afirma que a criminalização do porte de drogas para consumo próprio é inconstitucional, uma vez que “*o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo*”. Na perspectiva do autor, apenas seria admissível a tipificação penal de determinada conduta na hipótese de encerrar má disposição de direito alheio e não próprio (BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; Queiroz, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45).

¹⁹ Conforme mencionado, o magistério doutrinário é firme nesse ponto: ROXIN, “A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal”. 2. Ed. 2. Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.23. KARAM, Maria Lúcia. “De crimes, Penas e Fantasias”. Niterói: Luam, 1991, p. 126. CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.170. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem jurídico-penal. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2014, página 327. GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de consumo próprio, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 87, página 87.

É certo que a declaração de inconstitucionalidade ora pleiteada impactará significativamente nos efeitos sociais colaterais do proibicionismo estatal, os quais tenderão a decrescer, sobretudo o encarceramento em massa que assola o país.

Neste ponto, ainda é crucial salientar que, embora a Lei nº 11.343/06 tenha sido promulgada sob a promessa de mudança na atenção ao usuário, tratando-o pelo viés da saúde pública, o legislador manteve a criminalização do porte de drogas para consumo próprio.

Dessa forma, a decisão legislativa potencializou os efeitos estigmatizantes do Direito Penal, afinal, uma vez inseridos no sistema penal, tais usuários se afastam de eventual tratamento, sendo levados a uma espiral de sofrimento e criminalidade (geralmente patrimonial) diretamente conectada ao processo de marginalização.

Não se ignora que o art. 28, da Lei nº 11.343/06 deixou de prever pena privativa de liberdade para a conduta em questão. Todavia, a similitude verbal em relação ao art. 33, da mesma lei, bem como a ausência de critérios objetivos para distinção entre o usuário de drogas e o vendedor da substância considerada ilícita geraram enorme subjetividade na apreciação do tipo, sendo plenamente possível afirmar que há usuários de drogas presos no Brasil em razão da tipificação errônea da conduta como tráfico de drogas.

A propósito, caso adotado, por exemplo, o critério da lei espanhola para distinção entre o usuário e o traficante de drogas consideradas ilícitas, 69% dos presos por tráfico no Brasil estariam livres²⁰, o que denota de forma cristalina a seletividade do sistema punitivo brasileiro, encarcerador massivo de usuários ou traficantes flagrados com quantidade irrisória de substância considera ilícita²¹.

Além da redução exponencial das taxas de encarceramento, a declaração de inconstitucionalidade ora aventada prevenirá a marginalização do usuário, a corrupção estatal, a carência de políticas de prevenção de danos, dentre outros fatores.

Em suma, com esses sintéticos subsídios espera-se contribuir para uma interpretação essencialmente constitucional, densa, vincada em sólidos argumentos jurídicos e confiáveis dados empíricos, para que Vossas Excelências se debrucem sobre o caso com a costumeira atenção, demonstrando que o Brasil está alinhado com as principais democracias civilizadas.

Não se olvida que a decisão pela inconstitucionalidade do art. 28, da Lei nº 11.343/06 inaugurará novo paradigma na política criminal de drogas brasileira e trará a reboque novos desafios relacionados à regulamentação da produção para uso próprio, importação de insumos, políticas públicas de redução de danos dentre outros fatores, que deverão ser superados a partir de debates amplos e democráticos, no âmbito dos mais diversos segmentos sociais, garantindo a máxima efetividade da decisão.

²⁰ CARLOS, Juliana de Oliveira. *Drug policy and incarceration in São Paulo, Brazil*. Disponível em: https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015.pdf.

²¹ Nesse sentido é esclarecedora pesquisa realizada pelo Núcleo de Violência da USP, *Prisão Provisória e Lei de Drogas*, disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>.

Todavia, espera-se que, inserindo-se na vanguarda mundial sobre o tema, esta Excelsa Corte guie a sociedade brasileira nos primeiros passos da vereda que se anuncia em direção à conformação democrática de Estado e à consecução dos Direitos Humanos.

Este é, enfim, um pleito por **liberdades**.

De São Paulo para Brasília, 07 de agosto de 2015.

Leandro de Castro Gomes
Defensor Público do Estado de
São Paulo
Núcleo Especializado de
Cidadania e Direitos Humanos

Rafael Folador Strano
Defensor Público do Estado
de São Paulo
Núcleo Especializado de
Situação Carcerária

Rafael Ramia Muneratti
Defensor Público do Estado de
São Paulo
Núcleo de Tribunais Superiores

Bruno Girade Parise
Defensor Público do
Estado de São Paulo
Assessoria Criminal

Francisco de Barros
Crozera
Pastoral Carcerária do
Estado de São Paulo
(CNBB)

Andre Pires de Andrade
Kehdi
Presidente do Instituto
Brasileiro de Ciências
Criminais (IBCCRIM)

Rafael C. G. Custódio
Coordenador do Programa de
Justiça da Conectas Direitos
Humanos

Michael Mary Nolan
Presidente do Instituto Terra,
Trabalho e Cidadania – ITTC

Ivan Marques
Instituto Sou da Paz

Rubem Cesar Fernandes
Viva Rio

Paulo Gadelha
Comissão Brasileira sobre
Drogas e Democracia – CBDD

Luciana Boiteux
Associação Brasileira de Estudos
Sociais sobre Psicoativos - ABESUP