

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES, DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635659

A instituição **VIVA RIO**, já devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, tendo sido admitida na qualidade de *amicus curiae*, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar suas contribuições com as seguintes informações relevantes à apreciação do feito.



1. DO OBJETO DAS PRESENTES INFORMAÇÕES

A questão jurídica para a qual a VIVA RIO traz sua contribuição diz respeito à constitucionalidade do art.28 da Lei 11.323, de 23 de agosto de 2006, sob a ótica dos princípios da *dignidade humana* (CF, art.1º, III) do *pluralismo* (CF, art.1º, V), da *intimidade* (CF, art.5, X) e da *isonomia* (CF, art.5º, *caput*), levantada incidentalmente nos autos do Recurso Extraordinário 635659, apresentado pela Defensoria Pública Geral do Estado de São Paulo, na defesa de Francisco Benedito de Souza.

As bem lançadas argumentações trazidas aos autos pela Comissão Brasileira Sobre Drogas e Democracia – CBDD (fl. 179), a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP (fl. 224), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM (fl. 245); o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD (fl. 281); e a Conectas Direitos Humanos, juntamente com o Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania - ITTC e Pastoral Carcerária (fls. 558 e 559) deixam pouco espaço para novas ilações sobre a *inconstitucionalidade* do dispositivo mencionado, mas algumas ponderações merecem ser destacadas, seja com intenção de *realce*, seja para acrescentar argumentos à tese já exposta.



2. DO DISPOSITIVO LEGAL QUESTIONADO (ART.28 DA LEI 11.343/06)

A Lei 11.343/06 – que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – alterou o tratamento penal para o *porte de drogas para consumo pessoal*, substituindo a prisão de 6 meses a 2 anos (e o pagamento de 20 a 50 dias-multa) prevista no art.16 da revogada Lei 6.368/76, pelas penas de *advertência, prestação de serviços à comunidade* ou *medida educativa obrigatória*, dispostas no art.28 da Lei 11.343/06.

Ainda que o novo tipo penal *abrande* as consequências penais para os *usuários de drogas*, afastando em definitivo a *pena privativa de liberdade*, mantém o *desvalor penal* do comportamento, não retira sua *natureza delitiva*, nem o caráter *estigmatizante* da incidência da norma penal¹.

Vale destacar que a Lei em comento prevê, dentre as sanções para o usuário de drogas, a *prestação de serviços à comunidade*, pena restritiva de direitos destinada a crimes com pena privativa de liberdade superior a *seis meses* (CP, art.46)², fato que distancia o comportamento – mesmo na seara material - de uma mera *infração administrativa*, no que concerne às consequências jurídicas do ato.

¹. Nesse sentido, KARAM, Maria Lucia. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v.14, n.167, p.6-7, 2006.

². Embora a lei estabeleça o prazo máximo de 5 meses de pena para os réus primários, a menção à Parte Geral se faz apenas para estabelecer parâmetros de gravidade dentro de uma suposta *sistematicidade* do ordenamento jurídico.



A *natureza penal* do porte de drogas para consumo mantém a chamada “*junkyzação*” do usuário, uma *caracterização pejorativa* que, “*ampliada pelos meios de comunicação*” produz uma intensa reação social informal sobre os consumidores de entorpecentes³, dificultando sua recuperação e submetendo-o a tratamentos degradantes por parte de autoridades policiais e pela própria Justiça⁴.

Pelo exposto, resta claro que o art.28 da Lei 11.343/06, apesar de *abrandar* o tratamento penal para o usuário de drogas, não retira o caráter *delitivo* do comportamento, razão pela qual o dispositivo merece uma análise de sua compatibilidade com os preceitos constitucionais que pautam o uso do *direito penal* pelo Estado.

3. DA INCOMPATIBILIDADE DO ART.28 DA LEI 11.323/06 COM OS ARTS. 1º, III E V, 5º, CAPUT E X, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao criminalizar o *porte de droga para uso pessoal*, o dispositivo em discussão afronta não apenas a norma constitucional que protege a *intimidade e a vida privada* (art.5º, X) – tida como paradigma para o reconhecimento da *repercussão geral* do Recurso em tela –, mas

³. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões de descriminalização)*. Rio de Janeiro: Lumen, 1997, p.200.

⁴. A iniciativa da Comissão Brasileira de Drogas e Democracia e da Associação Nacional de Defensores Público de criar o *Banco de Injustiças*, um cadastro de relatos sobre *injustiças* praticadas na seara do “combate às drogas”, em especial em relação aos usuários, demonstra a realidade do *tratamento policial* ao consumidor de drogas, mesmo na vigência da nova lei. Disponível em <http://www.bancodeinjusticas.org.br/categoria/oscasos>, acessado em 24.01.2013.



primordialmente aquela que prevê as bases sobre as quais se sustenta todo o modelo político e jurídico nacional: a *dignidade da pessoa humana* e a *pluralidade* (CF, art.1º, III e V).

Dignidade humana pode ser definida como a *capacidade de autodeterminação* do ser humano para o desenvolvimento de um mundo de vida autônomo, onde seja possível a *reciprocidade*⁵. E *pluralidade* significa a tolerância no mesmo corpo social de diferentes *mundos de vida*, estilos, ideologias e preferências *morais*, respeitadas as fronteiras do *mundo de vida* dos outros.

Esta concepção *liberal* da Constituição não significa a aceitação de um Estado *mínimo*, pois a materialização da *dignidade humana* exige mais que a garantia da *liberdade* de cada indivíduo. Exige o desenvolvimento de *políticas sociais positivas* de promoção de direitos e de cidadania. Não por acaso, a Constituição indica diretrizes para a promoção de *justiça social* (CF, art.193 e ss.), exigindo empenho do setor público (e privado) para assegurar *desenvolvimento econômico e humano, saúde, educação, cultura, previdência e assistência social*, dentre outros direitos essenciais para a construção do *espaço de desenvolvimento* de cada indivíduo.

No entanto, os princípios da *dignidade* e da *pluralidade* desenham limites ao uso do *direito penal* como instrumento de controle social ou de promoção de valores funcionais. Em sendo esta a faceta *mais*

⁵. Nesse sentido, PAWLIK, Michael. *La libertar institucionalizada. Estudios de filosofia jurídica y derecho penal*. Madrid: marcial Pons, 2010 e 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 próprio consumo*. Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010.



grave e violenta da manifestação estatal, sua incidência se restringe à punição de comportamentos que violem esta *liberdade de autodeterminação do indivíduo*, que maculem este *espaço de criação do mundo de vida*⁶.

Nesse sentido, a definição do *espaço de legitimidade do direito penal* exige do intérprete da Constituição o reconhecimento de que comportamentos praticados dentro do espaço de *autodeterminação do indivíduo*, sem repercussão para terceiros – ou seja, que não afetem a *dignidade* de outros membros do corpo social – não têm *relevância penal*.

Com base nessa assertiva, são estranhos ao direito penal comportamentos *religiosos, sexuais, ideológicos*, ínsitos à *liberdade individual*, que possam ser praticados com *reciprocidade*, ou seja, cujo exercício *mútuo* seja possível por todos os demais membros da sociedade. Em suma, que não afetem a *autodeterminação* de outros componentes do corpo social. Não por acaso, a criminalização do *homossexualismo*, da opção *religiosa*, do *incesto*, são rechaçadas pelo direito penal brasileiro, e duramente criticadas –

⁶. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. 2ª ed., Thomson: Madrid, 2006, p. 51, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 18, mar.-abr. 2005. HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-gerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 52, abr.-jun. 1994 NESTLER, Cornelius. *El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes*. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, p. 63, MIR PUIG, Santiago. *La perspectiva “ex ante” em derecho penal*, *Anuário de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, vol. 36, fasc. 1, p. 9, jan.-abr. 1983 e *Derecho penal*. Parte General. 4ª ed., Barcelona: Reppertor, 1996, p. 91, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 466, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, São Paulo: RT, 2003, p. 35 e ss.



quando presentes – nas legislações estrangeiras⁷. Como ensina ROXIN, “*la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece em absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta em práctica*”⁸.

Não foi outro o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o conhecido caso Ximenes Lopes x Brasil - primeira condenação do país na Corte:

“10. Desde luego, el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía --que es prenda de madurez y condición de libertad-- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o

⁷. Vide o intenso debate sobre a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha, em GRECO, Luis. *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*, RBCrim 82, pp. 165-182.

⁸. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Thomson: Madrid, 2006, p.63.



iluminar sus decisiones.”⁹

Válida aqui a lição de PAWLIK, professor da Universidade de Regensburg (Alemanha), para quem a função do direito penal é “respetar y garantizar el deseo de que cada uno pueda conducir su vida de acuerdo con su próprio entendimiento”, sempre observando evidentemente uma condição de *reciprocidade dos espaços de autodeterminação* entre os membros da sociedade, em condições de igualdade¹⁰.

Tão abrangente a *liberdade de autodeterminação* na construção da dogmática brasileira que se admite, sem reservas, o *consentimento* como *causa de exclusão de antijuridicidade* do comportamento típico violador de bens *disponíveis*¹¹, defendendo alguns inclusive o caráter *atípico* do ataque a estes bens praticados com a *concordância livre e consciente* de seu titular¹². Nessa linha, as *lesões corporais* (dentro de certos limites disponíveis), a subtração de patrimônio, a violação da honra, dentre outros atos, são *atípicos* ou *não antijurídicos* quando acompanhados do *consentimento* da vítima.

Tal percepção não afasta a discussão sobre a necessidade de tutela penal em casos extremos de lesão *irreversível* de bens

⁹. Sentencia de 4.06.06, disponível em http://www.justica.sp.gov.br/novo_site/paginas/tabela_corte.htm

¹⁰. PAWLIK, Michael. *La libertar institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*. Madrid: marcial Pons, 2010.

¹¹. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p.194; NORONHA, Magalhães E. , *Direito Penal*, volume 1, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1981, p.213; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, 7ª edição, São Paulo, Atlas, 2011, p.115; NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 10ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p.243.

¹². Mesmo nos casos em que o *dissenso* não seja elemento expresso no tipo penal ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Thomson: Madrid, 2006, p.517



jurídicos *indisponíveis*, mesmo com *consentimento* de seu titular, como no caso da *vida* ou da *integridade física* (em casos graves). No entanto, mesmo nessas hipóteses, o uso do direito penal não se afasta do preceito constitucional da *dignidade*. Ao contrário, a repressão é usada para *proteger a autodeterminação*, impedindo a violação do substrato que permite seu exercício.

No entanto - e isso é fundamental para a discussão em tela - mesmo nesses extremos casos de afetação da *vida* ou da *integridade física* em graus exagerados, a norma penal não incide sobre os *titulares do bem jurídico*, mas sobre terceiros que pratiquem ou colaborem com a lesão. Ainda que se tutele a vida com a determinação da *irrelevância do consentimento* nos casos de sua lesão, o ato *criminoso* será sempre o do *terceiro causador da morte* - ou da tentativa - e não do *titular do bem jurídico*. Pune-se o *induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio*, mas não a *tentativa do suicídio* em si¹³.

Como ensina ROXIN:

*“Impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do direito penal. Mesmo que se quisesse, por ex. considerar o suicídio um desprezo à própria dignidade - o que eu não julgo correto - este argumento não poderia ser trazido para fundamentar a punibilidade do suicídio tentado”*¹⁴.

¹³. Nesse sentido, nosso *As drogas e o direito penal na sociedade de risco*. In *drogas: aspectos penais e criminológicos*. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.81.

¹⁴. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.40



Diante do exposto, que pode ser sintetizado na assertiva de que a Constituição Federal – ao consagrar a *dignidade humana* e a *pluralidade* como *vértices* do sistema jurídico – limita materialmente a produção da lei penal àqueles comportamentos que afetem – ou tenham potencial de afetar – *bens jurídicos* relevantes para a *autodeterminação do indivíduo*, e rechaça a criminalização da *autolesão* ou da *autocolocação em perigo*¹⁵, voltemos à questão central: a *inconstitucionalidade* da criminalização do *porte de entorpecentes para consumo próprio*.

O uso do direito penal para inibir o *uso de drogas* somente seria legítimo – do ponto de vista do sistema constitucional pátrio – se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da *dignidade humana*.

Nessa seara, a defesa da constitucionalidade da norma em discussão costuma buscar sua legitimidade em três pilares: (i) a incriminação do consumidor visa proteger a *saúde do usuário*; (ii) é estratégica para a inibição do *tráfico de drogas*, garantindo a *saúde pública*¹⁶ e (iii) contribui para a *segurança pública*, uma vez que o usuário contumaz é propenso à prática de crimes patrimoniais (ou outros) para financiar o consumo de drogas. Em suma, indica-se que a criminalização do consumo de drogas protege a (i) *saúde individual*, a (ii) *saúde pública* e (iii) o *patrimônio, integridade física e vida* de terceiros.

¹⁵. O que não quer dizer que autorize ou legitime tais comportamentos.

¹⁶. MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Incriminação do porte de substância entorpecente para uso próprio*. . In *drogas: aspectos penais e criminológicos*. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.157



i) DA PROTEÇÃO DA SAÚDE INDIVIDUAL

No que concerne à saúde *individual*, não há dúvidas de que impedir o acesso do usuário à droga é relevante para a preservação de sua integridade física e psíquica, ou seja, para a preservação de seu *espaço de dignidade*.

No entanto, como já exposto, a proteção de um bem jurídico não pode passar pela criminalização de seu próprio *titular*. A incidência da sanção penal sobre alguém retira uma parcela de sua *autodeterminação*, em operação apenas autorizada para assegurar um *patamar* de *dignidade* de terceiros, afetado pelo crime. Não parece fazer qualquer sentido a subtração da *liberdade* de alguém com o objetivo de proteger esta mesma *liberdade* sob outro prisma.

Por isso, o uso do direito penal contra o *usuário de drogas* com a justificativa de protegê-lo carece de legitimidade. Não é outro o entendimento de inúmeros juristas que se dedicaram ao estudo do tema, como HASSEMER¹⁷, RIPOLLES¹⁸, REALE JR.¹⁹, NILO BATISTA²⁰,

¹⁷. HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de droga in Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.321.

¹⁸. DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. *Alternativas a la actual legislacion sobre drogas*. Cuadernos de Politica Criminal. Madrid. N.46, p.73-115, 1992.

¹⁹. REALE JR. Miguel. *Caminhos do direito penal brasileiro*. Rbccrim 85, 2010, p.67.

²⁰. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.91



LUIS GRECO²¹, SALO DE CARVALHO²², ABRAMOVAY²³, SILVEIRA²⁴, BOITEUX²⁵, KARAM²⁶, TORON²⁷, CAVALIERE²⁸, dentre muitos outros. No mesmo sentido, decisões judiciais pátrias²⁹ e de outros países³⁰ apontam a incompatibilidade entre o tipo penal em discussão e a *dignidade humana*.

Vale destacar, dentre os últimos, a Colômbia, onde a Corte Constitucional afastou a constitucionalidade da *criminalização* do uso de drogas, com o seguinte fundamento:

“Si a la persona se le reconoce esa autonomia (esfera de liberdade individual) no puede limitarse sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomia ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y

²¹. 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 próprio consumo*. Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010.

²². *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões de descriminalização)*. Rio de Janeiro: Lumen, 1997.

²³. ABRAMOVAY, Pedro, *A política de drogas e a marcha da insensatez*, disponível em http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo16.php?artigo=16,artigo_09.htm, acessado em 22.01.2013.

²⁴. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional*. In *drogas: aspectos penais e criminológicos*. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.41.

²⁵. BOITEUX, Luciana. *Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v.18, n.217, dez, 2010.

²⁶. KARAM, Maria Lucia. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v.14, n.167, p.6-7, 2006.

²⁷. TORON, Alberto Zacarias. *A proteção constitucional da intimidade e o artigo 16 da Lei de Tóxicos. Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v.4, n.3, *passim*, jul/set 1991.

²⁸. Antonio. *Il controllo del traffico di droghe tra politica criminale e dogmatica: l'esperienza italiana*. Rbccrim 99, nov.dez. 2012, 155-169.

²⁹. 6ª Câmara Criminal do TJ-SP Apelação 01113563.3/0-000-00, Relator José Henrique Rodrigues Torres, j. 03/08/2010.

³⁰. Item 06 *infra*.



más importante de todas consiste em que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla em médío para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, no más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia”³¹.

O *paternalismo penal*, caracterizado pela criminalização de comportamentos inerentes ao espaço de autonomia do indivíduo³² é incompatível com um sistema pautado pela *dignidade humana*, elemento que – como dito – norteia a aplicação do direito penal e fundamenta os princípios da *intervenção mínima*, da *subsidiariedade* e da *fragmentariedade*, que indicam seu uso apenas em situações intoleráveis de agressão a bens jurídicos que não possam ser inibidos por meios menos gravosos³³.

A supracitada Corte Constitucional colombiana, em interessante passagem, aproxima o Estado *paternalista* do Estado *totalitário*, apontando que o primeiro, ao tentar *proteger o cidadão de si mesmo* pela via do direito penal, chega ao mesmo resultado do segundo, qual seja: “*la negación*

³¹. Sentença C-221/94 da Corte Constitucional Colombiana, de 05 de maio de 1994.

³². FEINBERG, *Harm to self*, Nova Iorque/Oxford, 1986, p.09, *apud*, 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 próprio consumo*. Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010, p.94

³³. FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação doutrina e jurisprudência*, 8ª ed., 2007, São Paulo: RT, p.48, REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005, P.25*



*de la libertad individual, en aquel âmbito que no interfiera con esfera de la libertad ajena*³⁴.

Mas não é só.

A proteção à *dignidade humana* e ao *pluralismo* irradia-se pela Constituição e se manifesta em outros preceitos, como no art.5º, X, que protege a *intimidade* e a *vida privada* do indivíduo, também afetado pelo dispositivo legal em discussão.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. diferencia *intimidade da vida privada*, indicando o primeiro como “*o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social*” e o segundo como “*formas exclusivas de convivência (...) em que a comunicação é inevitável*”³⁵. Parece-nos que o *consumo de drogas*, enquanto comportamento exclusivo do indivíduo, sem afetação de terceiros, encontra-se no campo da *intimidade*, daquilo que é exclusivo, que “*passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos*”. Por isso, esse espaço é indevassável. Assegurar esse campo de *intimidade* é, nas palavras de HANNAH ARENDT, garantir “*ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do*

³⁴. Corte Constitucional da Colombia, Sala Plena, sentença C-221/94, Bogotá, 05 de maio de 1994, Ponente Carlos Gaviria Diaz, p.14.

³⁵. FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1, São Paulo: RT, 1992, pp. 141-154.



poder político”³⁶. JAKOBS reconhece que “*sem um âmbito de privacidade não existe o cidadão*”³⁷.

Esse círculo dentro do qual o cidadão exerce sua liberdade de pensamento e de ação não pode sofrer qualquer ingerência do Poder Público ou de terceiros. Sendo o “*conjunto de modo de ser e viver, o direito de o indivíduo viver sua própria vida*”³⁸, a *intimidade* não é outra coisa que não a concretização de uma parcela da *dignidade*, como ensina GILMAR MENDES:

*“(…) a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais”*³⁹.

³⁶. FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1, São Paulo: RT, 1992, pp. 141-154.

³⁷. JAKOBS, ZStW 97 (1985) p.755 *apud* PAWLIK, Michael. *La libertar institucionalizada. Estudios de filosofia jurídica y derecho penal*. Madrid: marcial Pons, 2010, p.101.

³⁸. SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1991, p.188.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet..*Curso de direito constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.423



O *consumo* de drogas encontra-se nesse *círculo* íntimo do indivíduo, protegido contra a ingerência do Estado, ao menos no que se refere à repressão criminal.

Há quem diga que a *intimidade* não é absoluta⁴⁰. A necessidade de resguardar terceiros de riscos ou lesões decorrentes de crimes permite – em casos previstos expressamente na Constituição – o afastamento temporário e limitado do direito. Trata-se de um *conflito de princípios* que admite a *limitação recíproca* e a *ponderação* ⁴¹.

É bem verdade que em situações limite é possível relativizar uma parcela do espaço *privado* do indivíduo. Mas não é esse o caso do *consumo de drogas*, porque o ato se limita à *esfera individual*, ao já indicado *âmbito de autonomia* do usuário. Pode-se considerar a *intimidade* pelo *aspecto positivo*, como um comportamento cuja prática *não exclui* que outros indivíduos também o pratiquem⁴² ou pelo *aspecto negativo*, como ato de exercício de liberdade individual incapaz de afetar bens jurídicos alheios⁴³. Use-se a primeira ou a segunda definição e o resultado, para os fins almejados na presente discussão, será o mesmo: o *consumo individual* de drogas integra-se no *círculo de privacidade* do indivíduo, intangível pelo *ius puniendi* – a não ser que se entenda que o comportamento *incentiva o tráfico* ou *outros crimes*, argumento enfrentado a seguir.

⁴⁰. Embora outros atestem que a relatividade diz respeito apenas à *vida privada*, preservando a *intimidade* de qualquer intervenção.

⁴¹. Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.335

⁴². 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 próprio consumo*. Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010, p.91

⁴³. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09) (doc.1).



Merece transcrição trecho do voto do e. Ministro ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, da Corte Constitucional argentina, por ocasião da prolação da sentença no *Recurso de Hecho* A. 891. XLIV (25.08.09) (doc.1), que declarou inconstitucional a criminalização do *porte de drogas para consumo pessoal* com base – dentre outros argumentos – no princípio da *intimidade* (art.19 da Constituição argentina):

“En este cometido, corresponde reiterar que el artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquella. En este contexto vital, puede afirmarse que en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional)”⁴⁴. (doc.1).

Pode-se atacar o raciocínio exposto apontando que é legítimo ao Estado também afastar a *intimidade* quando o bem jurídico do próprio titular deste direito está exposto a risco de lesão. Seria o caso da *invasão de domicílio* para salvar a vida de alguém que tenta o suicídio, autorizado pelo art.5º, XI, da Constituição Federal.

⁴⁴. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Recurso de Hecho* A. 891. XLIV (25.08.09), p.284 (doc.1).



No entanto, retornamos ao raciocínio anterior. A violação da *intimidade* representa uma afetação da *dignidade*, possível de ser usada diante de casos extremos de *autolesões à vida* ou à *integridade física* em determinados níveis. Assim, é possível a intervenção na *intimidade* diante do uso de drogas em situações de *risco de morte* ou de *lesão corporal grave*. E, evidentemente, que tal atuação do Estado pode se dar pela violação do *domicílio* (por ex. para salvar alguém em *overdose*) ou por outras condutas similares, mas jamais através da *imposição de sanção criminal* àquele que se expôs ao risco pelo uso da droga.

Assim, fica afastada a legitimidade do uso do *direito penal* para inibir o *consumo de drogas*, pela perspectiva da *saúde individual*, pela violação ao art.1º, III e V e do art.5º, X. Isso não significa *autorizar* o entorpecente ou *legalizar* sua posse. É função do Poder Público desenvolver programas para *proteger a saúde* dos cidadãos, alertando-os para o risco do uso de drogas, *criminalizando do tráfico de drogas* (CF, art.5º, XLIII), promovendo atividades pedagógicas, oferecendo estruturas de tratamento⁴⁵ – e mesmo adotando medidas de proteção diante dos efeitos colaterais do consumo de entorpecentes para a saúde, como a distribuição de seringas descartáveis para usuários de drogas injetáveis, com o escopo de reduzir contaminações por HIV.

⁴⁵. Sobre a *justiça terapêutica*, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional*. In *drogas: aspectos penais e criminológicos*. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.41.



Em suma, a *descriminalização* do uso de drogas pode e deve ser substituída por uma política de *redução de danos*, defendida por especialistas em saúde pública como mais eficaz e útil na proteção da saúde do usuário⁴⁶.

Assim, por mais clara que seja a afetação da saúde produzida pelo consumo de drogas, e por mais legítima que seja a utilização de políticas públicas para reduzir sua difusão, inclusive por meio do direito penal, parece evidente que os princípios constitucionais apontados impedem a repressão criminal do consumidor.

ii) DA INIBIÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS

O argumento de que a *criminalização do consumo* protege a *saúde pública* porque se trata de estratégia de inibição do *tráfico de drogas* peca pela *ilegitimidade* e pela *indemonstrabilidade*.

No que concerne à *ilegitimidade*, é preciso notar que o *pragmatismo* da eficácia não pode levar à restrição da liberdade do cidadão para combater comportamentos de outros, sobre os quais ele não tem

⁴⁶. RIBEIRO, Maurides de Melo. *A redução de danos e a legislação penal*. In NIEL, Marcelo; DA SILVEIRA, Dartiu Xavier. *Drogas e Redução de Danos: uma cartilha para profissionais de saúde*. São Paulo, 2008. Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes (PROAD). Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Ministério da Saúde, p.53-58. Vale anotar que a OMS e a UNAIDS recomendam o modelo de *redução de danos* como política mais adequada para a proteção da saúde do usuário de drogas, em BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de Drogas e Constituição. Pensando o Direito*. Ministério da Justiça. Brasília, n.1, 2009, p.23.



domínio. Tratar-se-ia de uma afronta clara e evidente ao *princípio da culpabilidade*, pelo qual só é punível o comportamento *controlável* pelo autor, e da admissão de uma espécie de *responsabilidade objetiva* na aplicação da norma penal⁴⁷. Como ensina RUDOLPHI, a pena “*sólo es apropiada para evitar o propiciar aquellas acciones corporales que le son posibles al autor individual, sobre la base de su capacidad de conducir su comportamiento externo*”⁴⁸.

Ora, o usuário de drogas não tem qualquer controle sobre o comportamento do traficante. E, ainda que se admita a possibilidade do usuário evitar o consumo de drogas – o que não é verdadeiro em inúmeros casos – impossível atribuir a ele o *controle* ou a *condução* do comportamento doloso do comerciante de drogas. A aplicação da pena com essa motivação seria punir alguém pelo ato do *outro*. Uma punição fundada na incapacidade do Estado de controlar o verdadeiro comportamento danoso. Em suma, aplica-se a sanção no usuário diante da dificuldade de encontrar, investigar e condenar o verdadeiro *culpado* – no sentido dogmático – pela violação à *saúde pública*: o comerciante de produtos ilícitos.

A Constituição Federal, ao determinar ao legislador o combate ao *tráfico de drogas* (CF, art.5º, XLIII), não conferiu *carta branca* para o uso de qualquer estratégia de política criminal, mas apenas aquelas que não conflitem com outros princípios do mesmo texto legal. A definição

⁴⁷. MARONNA, Cristiano Àvila. *Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v.20, p.4-6. Out.2012.

⁴⁸. RUDOLPHI, Hans Joachin. *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputacion juridico-penal*. P.95. In SCHUNEMANN. Bernd (coord.). *El sistema moderno del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: IB de F, 2012.



dos instrumentos para inibição do *tráfico de drogas* deve se pautar pelo respeito aos preceitos constitucionais, dentre os quais a já exposta *dignidade humana*, e a *culpabilidade*, que vedam a penalização de alguém pelo ato de *outro*, que não *domina* ou *controla*.

Como ensina MARIA FERNANDA PALMA, Juíza do Tribunal Constitucional e Professora da Faculdade de Direito de Lisboa, a justificação da punição em questão é inaceitável “*porque corresponderia a justificar o tratamento penal do consumidor como exclusivo meio de prevenção geral, utilizando a punição do consumo como forma de atingir as consequências potenciais e indirectas do mesmo. Tratar o consumidor como fonte de perigo e não como sujeito de decisões lesivas de bens jurídicos é inadmissível em face do art.1º da Constituição portuguesa, que consagra o princípio da dignidade humana*”⁴⁹.

Aqui cabe a crítica de KANT ao *utilitarismo* penal, para quem “*o indivíduo não pode ser utilizado como meio para as intenções de outrem, nem misturado com os objetos do direito das coisas, contra o que o protege sua personalidade natural*”⁵⁰. Nesse sentido, completa ROXIN, “*mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal*”⁵¹.

⁴⁹. PALMA, Maria Fernanda. *Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do Direito Penal de Justiça pelo direito penal secundário?* Revista do Ministério Público de Lisboa. Lisboa, v.24, n.96, p.25, out/dez, 2003.

⁵⁰. KANT, *Metaphysik der Sitten*, §49, EI, Studienausgabe, p.453, *apud*, ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed.Lisboa: Univ. Direito e ciência jurídica, 1993.p.24.

⁵¹. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed.Lisboa: Univ. Direito e ciência jurídica, 1993.p.24.



Por outro lado, ainda que se afastasse a questão *ética* inerente à argumentação exposta, permaneceria o problema da *demonstração da eficácia* da diretriz político criminal. Não existem estudos suficientes – ou incontroversos – que revelem ser a *repressão ao consumo* o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Corroboram tal assertiva os números referentes ao aumento do tráfico de drogas e do crime organizado a ele ligado no mundo nos anos recentes, nos quais a tônica legislativa foi a *criminalização do consumo de entorpecentes*⁵². Apenas para exemplificar, o consumo de *opiáceos* no mundo aumentou em 35% entre os anos de 1998 a 2008. No mesmo período o consumo de cocaína foi incrementado em 27%⁵³ (doc.2). Nos Estados Unidos – segundo ARAUJO – o uso corrente de drogas ilícitas entre pessoas maiores de 12 anos aumentou 46% entre 1998 e 2007⁵⁴.

Estudos demonstram que a “*política proibicionista fracassou aos fins que se propôs, além de não ter conseguido ‘proteger’ a saúde pública, ainda serviu de agravante na pandemia da AIDS e outras doenças, além de ter agravado a situação social dos países periféricos*”⁵⁵. Em suma, a criminalização falhou na proteção da saúde pública e contribuiu para intensificar o dano à *saúde individual*, uma vez que impede o desenvolvimento das já mencionadas

⁵². *Drogas e democracia: rumo a uma mudança de paradigma*. Declaração da Comissão Latino Americana sobre drogas e democracia (doc.2). Sobre o tema, ver MAGALHÃES, Mariangela. *Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas*. In *drogas: aspectos penais e criminológicos*. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.98, fls.4.

⁵³. *War on drugs. Repport of the global commision on drug policy*, junho, 2011.

⁵⁴. ARAUJO, Tarso, *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012, p.232.

⁵⁵. BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de Drogas e Constituição. Pensando o Direito*. Ministério da Justiça. Brasília, n.1, 2009, p.25



políticas de *redução de danos*, como a distribuição de seringas descartáveis e o aparelhamento de um sistema de saúde *atrativo* para o usuário.

Da mesma forma que argumentos sobre a *ineficácia* da criminalização do uso de drogas para o combate ao tráfico não importam diretamente nas considerações sobre a *constitucionalidade* das normas penais, argumentos sobre a *utilidade* da *descriminalização* não parecem aptas a pautar a decisão *jurídica* desta e. Corte⁵⁶.

Como alerta KINDHAUSER: “*La expectativa de que las normas sean obedecidas no puede concebirse como una mera prognosis de sucesos futuros, sino que implica también el sentido normativo, sentimentalmente arraigado, de ser justa*”⁵⁷. Ou seja, a justificação da norma não se pauta pela sua *eficácia*, mas por sua *justiça*, pautada pelos princípios constitucionais de uma determinada sociedade.

No entanto, do ponto de vista da *legitimação política* da decisão, que não substitui as razões jurídicas, mas tem a capacidade de corroborá-la, merecem considerações alguns dados sobre a experiência de Portugal com a *descriminalização* do uso de drogas.

A política desse país resultou – ao contrário do que muitos temiam – na redução do número de usuários. Como concluiu

⁵⁶. Nesse sentido, 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 próprio consumo*. Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010.

⁵⁷. KINDHAUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Rbccrim 72, 2008, p.06 e ss.



GREENWALD, após uma análise *estatística* publicada em “*Drug decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drugs policies*”:

“Nenhum dos medos propalados pelos oponentes da descriminalização portuguesa revelou-se real, ao passo que muitos dos benefícios previstos pelos especialistas defensores da descriminalização ocorreram. Enquanto a drogadição e as patologias a ela associadas continuaram a subir nos países da União Europeia, esses problemas foram ou contidos ou enfrentados com resultados em Portugal desde 2001. Em alguns segmentos demográficos chave, o uso de drogas caiu em termos absolutos no quadro discriminatório, mesmo enquanto o uso na União Europeia continuou a aumentar, inclusive naqueles países que continuam a adotar a linha mais dura na criminalização da posse e do uso de drogas”⁵⁸.

As mesmas conclusões são expostas na publicação “*Política da droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo das drogas*” (doc.3), onde – em prefácio – o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso define com precisão a política mais racional para o enfrentamento

⁵⁸. “None of the fears promulgated by opponents of Portuguese decriminalization has come to fruition, whereas many of the benefits predicted by drug policymakers from instituting a decriminalization regime have been realized. While drug addiction, usage, and associated pathologies continue to skyrocket in many EU states, those problems—in virtually every relevant category—have been either contained or measurably improved within Portugal since 2001. In certain key demographic segments, drug usage has decreased in absolute terms in the decriminalization framework, even as usage across the EU continues to increase, including in those states that continue to take the hardest line in criminalizing drug possession and usage.”. GREENWALD, Glenn. *Drug decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drugs policies*. Washington: Cato Institute, 2009.



do problema: “*peças que usam drogas mas não causam dano a outros não são criminosos a encarcerar, mas pacientes a tratar*”⁵⁹.

Isso não significa que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma terá o condão de automaticamente *diminuir o consumo ou o tráfico de drogas*, uma vez que tais resultados dependem do desenvolvimento de políticas alternativas de orientação e tratamento dos cidadãos usuários.

No entanto, tais dados demonstram a inadequação *empírica* de legitimar a política repressiva em uma suposta prevenção ao comércio de entorpecentes à custa da liberdade de suas principais vítimas: os usuários.

iii) DA PREVENÇÃO DE OUTROS CRIMES

O argumento de que a criminalização do porte para uso próprio de entorpecentes protege a *segurança pública* e bens jurídicos individuais como o patrimônio e a vida, em razão da *periculosidade* do viciado e sua potencialidade de cometimento de delitos em razão da droga – seja para obter recursos para sua aquisição, seja em razão da incapacidade de autocontrole decorrente de seu uso – também não procede em um modelo penal de *culpabilidade*, baseado no princípio da *ofensividade*.

⁵⁹. DOMOSTAWSKI, Artur. Trad. Nuno Portugal Capaz. Junho de 2011. Global Drug Policy Program. Open Society Foundations, p.4. (doc.3).



Da mesma forma que o consumidor não tem *culpabilidade* em relação ao *traficante*, também não a possui em referência aos seus próprios *atos futuros*, ao menos no momento em que porta ou usa o entorpecente.

Não se pode presumir que o usuário cometerá um delito para obter a droga ou em razão de seu consumo. Tratar-se-ia de um exercício de *futurologia*, de uma presunção *iure et de jure*, inadmissível em direito penal. Não parece possível considerar o uso de drogas um *ato preparatório punível* relacionado ao cometimento de delitos dolosos posteriores, porque não existe uma *linha causal necessária e constante*, que permita a *antecipação da punição*.

Vale destacar, sobre o tema, importante passagem da já mencionada decisão da Corte Suprema argentina:

“Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que ‘La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... Sobre ponderar las implicaciones que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable



*desde la perspectiva de los derechos humanos... (CIDH, Serie C, n.126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005)*⁶⁰

Poder-se-ia fundamentar a punição do *uso de drogas* em um suposto desvalor do comportamento do usuário em se tornar voluntariamente *incapaz de autocontrole* (espécie de *actio libera in causa*), em situação propensa ao cometimento de crimes futuros.

Porém, ainda que o direito penal admita a punição daquele que voluntariamente se tornou *inimputável* (CP, art.28, II), isso apenas ocorre quando praticado efetivamente um *ato criminoso posterior*. Assim, se alguém se embriaga e pratica um crime posterior – como *lesões corporais* – será punido por este, independente de sua capacidade de autocontrole no momento do ato. Mas não haverá sanção criminal pelo *ato de se embriagar*. Da mesma forma, não se justifica a punição do *uso de drogas* pela possível prática de crimes posteriores, o que não impede a punição por estes últimos, se cometidos, independente da *imputabilidade* do agente.

Ademais, se admitidas tais razões para a criminalização do consumo de drogas, imperiosa seria sua extensão para o uso de outras substâncias também (ou mais) associadas à lesão de bens jurídicos, como o de álcool, uma vez que as estatísticas revelam sua íntima ligação com

⁶⁰. Recurso de Hecho A. 891. XLIV. Decisão de 25.08.09. p.248 (doc.1).



crimes dolosos e culposos (ex. 65% dos acidentes de trânsito são causados por motoristas que dirigem sob efeito do álcool)⁶¹.

Por fim, poder-se-ia discutir, nesse contexto, a legitimidade de lançar mão do direito penal nos casos de *uso público* das substâncias em discussão. Nesse caso, a *liberdade de ação* estaria limitada pela necessidade de proteção diante da *limitação* do comportamento, em especial por parte de crianças e adolescentes⁶². Mas tal uso do direito penal enfrentaria um problema de justificação, diante do princípio da *igualdade* (CF, art.5º, *caput*), uma vez que o uso de substâncias/prática de comportamentos tão ou mais prejudiciais à saúde – como o álcool, o tabaco, ou mesmo a prática de esportes perigosos – não tem relevância penal⁶³.

Tal assertiva não significa *autorizar* o uso de entorpecentes *em público*. Pode o estado *proibir* no *âmbito administrativo* o consumo de entorpecentes fora do *espaço de intimidade do indivíduo*, ou restringi-lo a/em determinados lugares, cominando pena de *multa* ou sanções *não penais* ao descumprimento de tais regras, como ocorre em Portugal ou na Espanha. Mas a *criminalização*, mesmo do uso em locais públicos, afeta a *isonomia*, como já mencionado, e a *subsidiariedade*, pois a

⁶¹. Fonte: <http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=897>(consultado em 24/01/2013. Nesse sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional*. In *drogas: aspectos penais e criminológicos*. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.41.

⁶². SANGUINÉ, Odone. *É inconstitucional a incriminação do porte de tóxicos para uso pessoal?* Fascículos de Ciências Penais, Porto Slegre, v.1, n.3, p.64, maio 1988.

⁶³ Nesse sentido, PEREIRA, Rui. *A descriminação do consumo de drogas*. In: ANDRADE: Manuel da Costa. *Librer discipulorum para Jorge de Figueredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.1164.



inibição ao consumo pode ser alcançada por meio de políticas menos gravosas já mencionadas, como o combate ao tráfico, ações educativas, vedação de propaganda e proibição *administrativa* do consumo em locais públicos.

4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Por todo o exposto, a norma constitucional em questão padece do vício da inconstitucionalidade, pela afronta aos arts.1º, III e V, 5º, *caput* e X da Constituição Federal.

Ainda que esta e. Corte tenha admitido em algum momento pretérito a constitucionalidade do uso do direito penal para inibir o consumo de drogas, tais precedentes não vinculam o entendimento do colegiado, a uma porque não têm caráter vinculante – muito menos para o próprio órgão formador da orientação jurisprudencial – e a duas porque o fenômeno da *mutação constitucional* autoriza o reconhecimento de distintas abrangências da norma constitucional diante da transformação do contexto social e dos valores culturais vigentes.

Como ensinam MENDES⁶⁴, BARROSO⁶⁵ e ZAVASKI⁶⁶, dentre outros, as alterações dos valores e dos discursos de uma determinada sociedade podem conferir contornos distintos à

⁶⁴. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.299.

⁶⁵. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.137

⁶⁶. ZAVASKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p.115.



abrangência e à interpretação das normas constitucionais em momentos históricos diferentes. Como ensina BARROSO: “*a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético, varia com o tempo (...). O que era antes legítimo pode deixar de ser, e vice-versa*”⁶⁷. Trata-se, nas palavras do ex-Ministro EROS GRAU, da resolução de uma “*incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a constituição formal e a constituição material*”⁶⁸.

Assim, é possível reconhecer conteúdo material distinto ao texto constitucional, revisitando os conceitos ora em discussão, de *dignidade, pluralidade e intimidade*, sem afetar a correção ou a legitimidade histórica de decisões anteriores em sentido contrário. Vale lembrar que semelhante questão foi apresentada à Corte Constitucional argentina por ocasião da declaração da inconstitucionalidade da *criminalização do uso de drogas*, uma vez que aquele órgão apontara a *adequação constitucional* do mesmo dispositivo anos antes⁶⁹. E a solução foi justamente o recurso ao reconhecimento da *mutação constitucional*:

“En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de

⁶⁷. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.137

⁶⁸. GRAU, Eros. *Sobre a prestação jurisdicional. Direito Penal*. Malheiros: SP, 2010, p.52.

⁶⁹. Decisão MONTALVO (Fallos, 313:1333), in 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 próprio consumo*. Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010, p.86.



circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328: 566)”.

Ainda que a VIVA RIO entenda que a contradição entre a *criminalização do uso de drogas* e a Constituição é *originária*, e não se justifica desde o início da vigência da Carta de 1988, é possível admitir a *mutação constitucional* como tese alternativa.

Nesse sentido, diante de uma evidente tendência ao reconhecimento da incompatibilidade entre a previsão do crime de *porte de drogas para uso pessoal* e o princípio da *dignidade humana* e da *intimidade*, revelada pelas decisões legislativas e jurisprudenciais de países com a mesma matriz constitucional⁷⁰, pelas vozes doutrinárias já citadas que indicam a incompatibilidade entre a norma legal e a constitucional, bem como pelas manifestações da sociedade civil encartadas aos presentes autos (Comissão Brasileira Sobre Drogas e Democracia – CBDD [fl. 179], a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP [fl. 224], o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM [fl. 245]; o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD [fl. 281]; e a Conectas Direitos Humanos, juntamente com o Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania - ITTC e Pastoral Carcerária [fls. 558 e 559]) parece autorizado o reconhecimento do fenômeno da *mutação constitucional*, conferindo distinta amplitude aos dispositivos indicados e – em consequência – declarando-se a nulidade da norma questionada.

⁷⁰. *Infra*, item 06.



Para corroborar a assertiva sobre a existência de um pleito organizado da sociedade civil para uma mudança de postura sobre o tema de drogas, destaca-se o sucesso da campanha da entidade subscritora “*Lei de Drogas: é preciso mudar*”, que reuniu milhares de assinaturas em defesa da alteração das regras legais sobre entorpecentes⁷¹.

No mesmo sentido, a Comissão Brasileira sobre drogas e democracia, que reúne personalidades como Carlos Velloso, Ellen Gracie, Paulo Gadelha, Edmar Bacha e João Roberto Marinho, assinou manifesto em defesa de uma nova política de combate ao uso de drogas sem o recurso ao direito penal (doc.4).

A mudança de postura é mais patente quando se constata que personagens políticos importantes de diversos países, como Fernando Henrique Cardoso, César Gaviria (ex-presidente da Colômbia), Ernesto Zedillo (ex-presidente do México), Jorge Sampaio (ex-presidente de Portugal), bem como intelectuais da mais alta patente, como Milton Friedman e Gary Becker, se reúnem para defender políticas de descriminalização, acompanhados da opinião editoriais de relevantes publicações, como a revista *New Scientist*, e os jornais *Daily Mirros* e a *Folha de São Paulo*⁷².

⁷¹. Disponível em <http://vivario.org.br/drogas/politica/campanha-de-opiniao-publica-pela-mudanca-da-lei-de-drogas/>, acessado em 28.01.13.

⁷². Todos citados em ARAUJO, Tarso, *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012, p.206.



Vale notar que a própria ONU revela fissuras em suas recomendações sobre a *criminalização do consumo de drogas*, evidenciadas pelas diversas manifestações de líderes políticos sobre o fracasso da “guerra às drogas” (alinhada por ABRAMOVAY como a “*marcha da insensatez*”) por ocasião da reunião do Conselho de Drogas Narcóticas (2009)⁷³, fato que levou o diretor do escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime a afirmar que: “*tem havido um limito, mas crescente coro entre políticos, a imprensa e mesmo entre a opinião pública que diz: o controle de drogas não está funcionando*”⁷⁴.

Em suma, existem nítidas manifestações da sociedade civil organizada apontando a impropriedade da *criminalização do uso de drogas*, a indicar que tal política não encontra mais guarida sob o âmbito de abrangência da *dignidade humana*, em sua concepção atual. Mais uma vez, isso não significa *legalizar* o consumo de entorpecentes, mas apenas reconhecer que – na atual formação social – tal extensão do direito penal não tem lugar em uma sociedade *plural* e respeitadora da *intimidade*.

⁷³. BOITEUX, Luciana. *Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v.18, n.217, dez, 2010.

⁷⁴. Em ARAUJO, Tarso, *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012, p.232. Para um panorama sobre o descrédito da política de repressão tradicional, ver ABRAMOVAY, Pedro, *A política de drogas e a marcha da insensatez*, disponível em http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo16.php?artigo=16.artigo_09.htm, acessado em 22.01.2013.



5. DA INCONSTITUCIONALIDADE EM QUESTÃO PERANTE OS TRATADOS INTERNACIONAIS INCORPORADOS

Em julgados passados, esta e. Corte firmou entendimento sobre a natureza *supralegal* dos tratados internacionais regularmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵.

Assim, independente da tramitação especial para incorporação prevista no art.5º, §3º da Constituição Federal – que conferem aos diplomas *status* de *norma constitucional* – os tratados internacionais apresentam, ao menos⁷⁶, *hierarquia jurídica* superior à *lei ordinária*, de forma que qualquer incompatibilidade entre ambos é resolvida pela prevalência daqueles em relação a estas.

Nesse sentido, o desenvolvimento de qualquer *política criminal* pelo legislador deve respeitar as normas previstas nos *tratados regularmente incorporados*, sem que isso represente qualquer afetação da *soberania brasileira*, uma vez que o próprio Parlamento chancela seu conteúdo por regular Decreto Legislativo.

A *dignidade* e a *intimidade* do indivíduo, além de previstas *constitucionalmente*, são alçadas à condição de normas *supralegais* pelo art.11.2

⁷⁵. Por todos, Recurso Extraordinário 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, j.13.12.2008, e todos os precedentes que originaram a sumula vinculante 25

⁷⁶. Sem afastar posições respeitáveis que sustentam o caráter *constitucional* dos tratados sobre direitos humanos. Sobre o tema, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, ed. Max Limonad, 2004, p.75-98.



da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷⁷, e pelo art.17.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷⁸, de forma que a constatação de sua *incompatibilidade* com a criminalização do *uso de entorpecentes* leva, inevitavelmente, ao afastamento da norma em discussão (lei ordinária) do ordenamento jurídico pátrio.

É bem verdade, sob outro prisma, que o Brasil ratificou a *Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas*⁷⁹, na qual assume o compromisso perante outros países no combate às drogas. No entanto, é patente no documento a *possibilidade* do país abster-se de usar – como instrumento de dissuasão – a *criminalização* do consumo de drogas (Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, art.3º, II⁸⁰), de acordo com seus *princípios constitucionais* e com os *conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico*⁸¹.

Assim, diante da já mencionada estrutura normativa da Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade pretendida não

⁷⁷. Incorporado pelo Decreto 678/92.

⁷⁸. Incorporado pelo Decreto 592/92.

⁷⁹. Que, junto à Convenção Única sobre Entorpecentes (1961) e a Convenção sobre Substancias Psicotrópicas (1971), formam a “*linha mestra do controle internacional de drogas*”. BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de Drogas e Constituição. Pensando o Direito*. Ministério da Justiça. Brasília, n.1, 2009, p.18.

⁸⁰. Incorporado pelo Decreto 154/91.

⁸¹. Nesse sentido, também a Suprema Corte Argentina, ao invocar o mesmo dispositivo para justificar sua decisão de declarar a inconstitucionalidade da criminalização do consumo de drogas (sentença no Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09) p.251 (doc.1). Na mesma linha, Nesse sentido, PEREIRA, Rui. *A discriminação do consumo de drogas*. In: ANDRADE: Manuel da Costa. *Librer discipulorum para Jorge de Figueredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.1169.



acarretará o rompimento dos compromissos do Estado brasileiro perante a comunidade internacional referentes ao combate às drogas.

6. DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Ainda que as experiências internacionais não sejam o argumento central na discussão sobre a compatibilidade de lei ordinária brasileira com a Constituição nacional, parece oportuno expor que inúmeros países de matiz constitucional semelhante à nossa afastaram a legitimidade do direito penal diante do porte de drogas para consumo próprio.

Portugal aprovou em 29 de novembro de 2000 a Lei nº30, dispondo que o *consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações* caracterizadas como drogas deixa de ser *crime* e passa a ser *contra-ordenação* (ilícito administrativo). Ainda que o comportamento esteja sujeito à *coima* (espécie de prestação pecuniária) ou a *outras sanções* (art.17º), se trata de medidas de *limitação de direitos* que não impõem *obrigações positivas*⁸², como *de prestação de serviços à comunidade* ou *comparecimento a cursos educativos* previstas na legislação brasileira (Lei 11.343/06, art. 28).

⁸². Com exceção do disposto no item “e” do art.17º: “*apresentação periódica em local a ser designado pela comissão*”.



Na mesma linha, o legislativo espanhol⁸³, o chileno⁸⁴, o uruguaio, o italiano, deixaram fora da seara penal o consumo de drogas, ainda que considerem a conduta *ilícita* sob o prisma *administrativo*. Também a legislação da Áustria, França, México, Noruega e Alemanha, dentre outras, dispõe que o *porte de drogas* só tem relevância penal quando esteja destinada ao *tráfico ilícito*⁸⁵.

Em outros países, o Judiciário foi o protagonista da descriminalização do consumo de drogas.

A Corte Constitucional colombiana, em 1994 (Sentença C-221) caracterizou inconstitucional a criminalização do consumo de entorpecentes. Também na Argentina a descriminalização do consumo de drogas decorreu de decisão da Corte Constitucional. Em 25 de agosto de 2009 – após inúmeras decisões conflitantes – o órgão supremo da Justiça daquele país reconheceu a incompatibilidade da norma penal com a garantia da *intimidade* prevista no art.19 da Carta Magna daquele país, bem como diante da *ineficiência* da política de criminalização⁸⁶.

Em suma, em inúmeros países nos quais a *dignidade humana* e a *intimidade* pautam o modelo constitucional, o *uso de drogas*

⁸³. BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Tráfico de Drogas e Constituição. *Pensando o Direito*. Ministério da Justiça. Brasília, n.1, 2009, p.20.

⁸⁴. Ley 20.000, de 16 de fevereiro de 2005 (art.4º).

⁸⁵. Passagem de FERNANDO VELASQUEZ, mencionada na sentença da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, processo 31531, j.08.07.2009, Ponente Yesid Ramírez Bastidas. Boletim Ibccrim, 241, dez.2012, p.1610 (doc.1).

⁸⁶. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09) (doc.1).



tornou-se matéria estranha ao direito penal, seja pela ação legislativa, seja pela judicial, indicando a perfeita convivência de Estados Democráticos, voltados para o combate ao tráfico de drogas e à inibição do consumo, com um ordenamento penal que respeite a *dignidade* do usuário de entorpecentes.

7. CONCLUSÃO

Sabe-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma produzida regularmente pelo Poder Legislativo é um ato delicado, e reservado a situações excepcionais, onde exista uma clara incompatibilidade entre o texto legal e as normas magnas.

Mas sabe-se, também, que onde a incongruência se faz evidente – como é o caso em tela – deve o Judiciário afastar a vigência da norma, reconhecendo limites materiais à produção legislativa com o escopo de preservar o sistema político/jurídico desenhado pela Constituição Federal.

As presentes informações têm o escopo de contribuir com o julgamento do presente caso, diante de sua repercussão, conferindo oportunidade para que esta e. Corte se pronuncie definitivamente sobre a *autêntica diretriz* constitucional acerca da questão das drogas no país.



Não se pretende aqui discutir os efeitos prejudiciais das substâncias entorpecentes, nem minimizar as preocupações de amplos setores da sociedade civil e do governo com os problemas inerentes ao tráfico e ao consumo de drogas.

O objetivo das ponderações tecidas ao longo do presente documento é apenas identificar a *inconstitucionalidade* de uma política de combate ao tráfico de drogas apoiada na *criminalização* de uma das vítimas de tais organizações, o *usuário*.

São legítimos os diversos instrumentos e políticas desenvolvidas pelo Poder Público para assegurar a *saúde individual e coletiva* diante do sério e grave problema das drogas. No entanto, o uso do *direito penal – ultima ratio* do controle social, destinado aos comportamentos mais graves e agressivos – para coibir comportamentos *individuais*, praticados na *esfera íntima* do indivíduo, sem capacidade para afetar – por si – terceiros, atenta contra a *dignidade humana, a pluralidade, a intimidade* e a *isonomia*, todos previstos na Constituição Federal (CF, arts.1º, III, V, e 5º, *caput* e X).

Como afirmou FRIEDMAN: “*as drogas são uma tragédia para os viciados. Mas criminalizá-las converte essa tragédia em um desastre para a sociedade, para usuários e não usuários igualmente*”⁸⁷.

⁸⁷. Na open letter to Bill Bennett. The wall street journal. 07.09.2006, p.20, *apud*, ARAUJO, Tarso, *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012, p.227.



Com o exposto, a VIVA RIO espera ter contribuído com esta e.Corte no papel de *amicus curiae*, somando-se às demais instituições que vieram aos autos para participar de tão relevante debate.

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

OAB/SP nº. 163.657

IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS

OAB/SP nº. 173.163

TAINÁ MACHADO DE ALMEIDA CASTRO

OAB/DF nº. 33.556

ANA FERNANDA AYRES DELLOSSO

OAB/SP 291.728