

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES, DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE nº 635.659/SP

Matéria: *Amicus Curiae*. Representatividade adequada do Postulante. Relevâncias jurídica e social da matéria. Legitimação democrática do controle normativo abstrato. Necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para diferenciação entre usuários e traficantes.

SINDICATO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS, APCF SINDICAL, inscrito no CNPJ sob n.º 10.656.095/0001-50 e registrado no MTE sob o n.º 46206.002413/2009-60, sediado em SHIS QI 9, Conjunto 11, casa 20, Lago Sul, CEP 71625-110, Brasília-DF, vem, respeitosamente, por seus advogados (instrumento de mandato anexo — doc. 01), que esta subscrevem e possuem escritório profissional no endereço infraimpreso, com espeque no art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988 e no art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99, postular seu ingresso na qualidade de

AMICUS CURIAE

nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n.º 635659/SP, com repercussão geral, interposto por FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, a fim de prestar informações técnicas e pertinentes à discussão jurídica aventada no presente processo, que auxiliem o julgamento da ação direta pelo E. Supremo Tribunal Federal.

I. DA SÍNTESE DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário em face de decisão proferida pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema, SP, que manteve a condenação de Francisco Benedito de Souza à pena de dois meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública, por violação do art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06.

3. O objeto do Recurso Extraordinário versa sobre a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso pessoal, tipificado no referido art. 28, caput e seu § 1º, da Lei nº 11.343/06. Tal dispositivo, segundo a inicial, estaria em desacordo com a ordem constitucional, uma vez que não haveria em relação à conduta incriminada a necessária lesividade a bem jurídico digno da tutela penal, tendo em vista que a ação proibida pela norma incriminadora em questão, quando muito, atingiria a saúde individual, jamais a saúde pública.

4. Reconhecida a repercussão geral da matéria articulada no recurso extraordinário em referência, foi ele admitido e regularmente processado.

5. O julgamento foi iniciado 19.8.2015, oportunidade em que foram realizadas as sustentações orais das partes e dos *amici curiae* admitidos. Após a devolução dos Autos ao plenário pelo Ministro Alexandre de Moraes, que havia pedido vista, houve a inclusão em pauta para julgamento.

II. DO CABIMENTO DO PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE

II.1 DA TEMPESTIVIDADE

6. Muito embora se entendesse, em princípio, que as manifestações de entidades na qualidade de *amici curiae* deveriam ocorrer no prazo da prestação de informações, o Supremo Tribunal Federal, em salutar evolução em sua percepção acerca do tema, passou a admitir o ingresso desses entes mesmo fora do referido prazo, em virtude da importância da pluralidade de ideias no controle abstrato de constitucionalidade de normas (HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Athenäum TB-Rechtswissenschaft, Könstein/Ts, 1980*).

7. Assim, são inúmeros os precedentes desta E. Corte nos quais se permitiu o ingresso de entes na condição de *amici curiae* mesmo após o prazo das informações. A título exemplificativo, pode-se mencionar a decisão proferida pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes – também relator da presente ação – na ADI 4395/DF (DJE de 28/09/2015), em que se admitiu o ingresso de determinada entidade após o referido prazo. Naquela oportunidade, assim se manifestou o Relator:

Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel em exame é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADI 3.474, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.05) (fl. 02 da decisão)

8. Já na ADI n. 2.548 (DJ de 24/10/2005), também este Exmo. Ministro Relator deferiu pedido de ingresso como *amicus curiae* mesmo após a inclusão do feito na pauta de julgamento.

9. Ademais, também é de se ressaltar que o próprio Postulante fora admitido a intervir como *amicus curiae* na ADI n. 5.039, mesmo havendo formulado o pedido de ingresso no dia anterior ao julgamento da ação (ADI n. 5.039, Rel. Min. Edson Fachin, DJE de 25/05/2018).

10. Nesse mesmo sentido o próprio Ministro Relator da presente ação admitiu o ingresso do Postulante na ADI nº 5.889/DF no dia anterior ao julgamento, possibilitando, inclusive, a sustentação oral. Nesse sentido, junta-se a decisão de admissão:

O Sindicato Nacional dos Peritos Criminais Federais (APCF Sindical) requer ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* (eDOC 84).

Tendo em vista a relevância da questão constitucional discutida e a representatividade do postulante, defiro o pedido, com fundamento no art. 6º, §1º, da Lei 9.882/1999, para que possa intervir no feito na condição de *amicus curiae*, podendo apresentar memorial e proferir sustentação oral.

11. Logo, diante da vasta jurisprudência que permite o ingresso de *amici curiae* ainda que esgotado o prazo para informações, não há óbice para a admissão do Postulante.

II.1.1 DO DEFERIMENTO DE AMICI CURIAE APÓS O INÍCIO DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO

12. Em reforço aos precedentes anteriormente mencionados, faz-se a análise das admissões “extemporâneas” ocorridas no âmbito deste Recurso Extraordinário. Ingressaram como *amici curiae* os postulantes abaixo identificados:

- (i) ANPV - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PREFEITOS E VICE-PREFEITOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, que protocolou pedido de ingresso no presente feito na qualidade de *amicus curiae* no dia 18/09/2015¹;

¹ Petição 47583.

- (ii) GROWROOM.NET, que protocolou pedido de ingresso no presente feito na qualidade de *amicus curiae* no dia 29/09/2015²; e
 - (iii) CFP - CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, que protocolou pedido de ingresso no presente feito na qualidade de *amicus curiae* no dia 17/11/2015.
13. Quanto aos postulantes (i) e (ii), as decisões proferidas foram idênticas, conforme abaixo transcrita:

Tendo em vista que o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 teve início em 19.8.2015, oportunidade em que foram realizadas as sustentações orais das partes e dos *amici curiae* admitidos, indefiro, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, o pedido da [...] para proferir sustentação oral, sem prejuízo, contudo, de que a entidade possa apresentar memoriais.

14. Por outro lado, o pedido de ingresso do CFP foi indeferido, de início, mas — após a interposição de agravo regimental — houve reconsideração da decisão por parte do Ministro Relator, nos seguintes termos:

O Conselho Federal de Psicologia interpôs agravo regimental em razão da decisão que negou seu ingresso com *amicus curiae*.

O pedido foi indeferido por ter sido formulado após o início do julgamento. No entanto, como bem ressaltado no requerimento, tenho adotado a prática de aceitar o ingresso intempestivo, ainda que somente para permitir a oferta de memorial.

Ante o exposto, reconsidero a decisão anterior e determino o cadastro do Conselho Federal de Psicologia como *amicus curiae*, podendo oferecer memorial.

² Petição 49624.

15. Como visto, todos os petionantes que requisitaram o ingresso em datas posteriores ao início do julgamento tiveram os pedidos deferidos, oportunizando-se a eles a apresentação de memorias.

16. Isso posto, com amplo apoio na jurisprudência atual deste E. STF, mostra-se absolutamente possível o ingresso do Postulante no feito, mesmo já transcorrido o prazo para informações.

II.2. DO CABIMENTO DO PEDIDO DE INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE*. A MANIFESTA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DO POSTULANTE

17. A figura do *amicus curiae*, positivada no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, é admitida para fornecer subsídios instrutórios à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, provendo subsídios e contribuindo para o incremento de qualidade das decisões judiciais. Esse tipo de intervenção amplia a possibilidade de obtenção de decisões mais técnicas e, portanto, mais adequadas à garantia de plenitude da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988) e de ampliação e qualificação do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988).

18. Os requisitos deduzidos da norma processual para a admissão na demanda na qualidade de *amicus curiae* são a “relevância da matéria” e a “representatividade adequada”.

19. Quanto ao primeiro ponto, veja-se que esta própria Corte Excelsa já reconheceu a relevância da matéria ora versada, bem como admitiu o ingresso de diversas outras entidades como *amici curiae*, permitindo, assim, a importante pluralização do debate nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

20. Nessa esteira, à vista do segundo requisito, é indene de dúvidas que o Postulante possui representatividade em relação à matéria vertida nos autos, com possibilidade de enriquecer o debate e auxiliar a Corte na formação da sua convicção.

21. O requisito da representatividade adequada ressaí do teor das disposições do art. 2º e dos incisos I, II e IV do art. 3º do Estatuto Social do Sindicato Nacional dos Peritos Criminais Federais, APCF Sindical (Doc. 05), que dispõem sobre a finalidade e a prerrogativa do Sindicato representar, inclusive perante autoridades judiciárias, os interesses econômicos e profissionais dos Peritos Criminais ativos e aposentados, confira-se:

Art. 2º - O sindicato de que trata o artigo anterior durará por tempo indeterminado, tendo por finalidade o estudo, a defesa, a coordenação e a representação dos interesses econômicos e profissionais dos Peritos Criminais ativos e aposentados.

Art. 3º - Além daquelas definidas em lei, são prerrogativas do Sindicato:

I - representar os interesses profissionais e defender os direitos coletivos da categoria profissional que congrega, além dos interesse individuais de seus associados relativos à atividade profissional, inclusive perante autoridades judiciárias;

II - propugnar pelas prerrogativas funcionais dos associados e da categoria profissional que representa em Juízo e fora dele;
[...]

IV - promover movimentos reivindicatórios tendentes a assegurar a dignidade funcional da categoria profissional e do serviço público a melhoria das condições de trabalho e sobrevivência digna dos seus integrantes;

22. Ademais, sobreleva-se que a decisão futuramente proferida no bojo da ação em epígrafe possui íntima conexão com os serviços prestados pela Perícia Criminal, conforme previsto na Lei 11.343/06, de maneira que a sua atuação é de extrema importância — seja na fase de inquérito quanto na judicial. Não obstante, a legislação impõe ao perito que realize laudo que poderá versar sobre a natureza da substância ilícita, sua quantidade, grau de pureza, dentre outras balizas que auxiliam o Magistrado na formação de seu convencimento. Acerca das atribuições da Perícia Criminal no âmbito da Lei de Drogas, transcrevem-se exemplos:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

[...]

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o **compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.**

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o **laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial** ou, na falta deste, por pessoa idônea.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e **requisitará os laudos periciais.**

23. **A representatividade da postulante é evidenciada, ainda, pelo fato de ter contribuído, mediante confecção de parecer técnico, com a Comissão de Juristas criada pela Câmara dos Deputados para atualizar a Lei 11.343/06, cujo relatório foi apresentado em dezembro de 2018.**

24. Nesse, foram expostas conclusões, baseadas em estudos científicos, no sentido de estabelecer um parâmetro objetivo para distinção entre uso pessoal e tráfico. Insta salientar, ademais, que o referido estudo foi entregue à referida Comissão em outubro de 2018, de

modo que se encontra em consonância com as mais recentes pesquisas científicas sobre o tema, transparecendo-se como de grande valia para a atualização dos Ministros acerca das informações já trazidas pelos *amici curiae* em oportunidade anterior — cujo conteúdo já se encontra, em certos pontos, passível de atualização em decorrência do relevante *iter* temporal entre o início do julgamento e a presente data.

25. Logo, diante do caráter científico e ideologicamente isento do APCF SINDICAL, entende-se que o estudo produzido poderá trazer grandes contribuições ao debate em tela, revestindo o processo decisório de maior *expertise* técnica-científica, bem como da confiança e da legitimidade que oferecem as informações prestadas por entidade representativa de membros do quadro da Polícia Federal.

26. Diante do exposto, consideradas as particularidades do APCF Sindical — sindicato de âmbito nacional, com história consistente e que possui aptidão a aportar elementos concretos que auxiliem o E. STF na obtenção do melhor resultado possível para este processo, bem como consideradas as características objetivas da demanda, está evidenciada a conveniência da admissão de seu ingresso como *amicus curiae* nos presentes autos.

III. DAS NOVAS DIRETRIZES DA COMUNIDADE INTERNACIONAL ACERCA DAS DROGAS

27. A postulante, como entidade de classe de servidores que atuam tomando por base o conhecimento técnico-científico, traz ao plenário contribuições que avalia muito valiosas, **colaborando para afastar controvérsias morais e políticas em nome dos fatos apurados em estudo previamente realizado.**

28. Nesse diapasão, a presente manifestação possui como ponto nevrálgico o estabelecimento de critérios objetivos para diferenciação entre usuários e traficantes, de maneira a afastar a discricionariedade excessiva do Magistrado e garantir maior segurança jurídica às partes.

29. Importa destacar que no período entre o início do julgamento e a presente data, houve alterações significativas no cenário internacional em relação à regulamentação do uso de drogas, em especial a utilização medicinal — que, no atual cenário jurídico pátrio, resta impossibilitada por ser incluída nas condutas do art. 28 da Lei em análise.

30. Dentre as alterações, frisa-se a mudança de posicionamento do Conselho Diretor-Executivo de Agências e Fundos da ONU (CEB), órgão presidido pelo Secretário Geral da ONU e que reúne 31 (trinta e uma) organizações especializadas, dentre elas: o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC); a organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

31. Em resolução datada de 18 de janeiro de 2019³ e aprovada por unanimidade entre os órgãos participantes, o CEB estabelece novas diretrizes para enfrentar a problemática das drogas. Transcrevem-se aquelas reputadas de maior importância para a fundamentação da presente manifestação:

We, therefore, commit to stepping up our joint efforts and supporting each other, inter alia:

- (i) To support the development and implementation of policies that put people, health and human rights at the centre, by providing a **scientific evidence-based**, available, accessible and affordable recovery-oriented continuum of care based upon prevention, treatment and support, and to promote a rebalancing of drug policies and interventions towards public health approaches;
[...]
- (ii) To promote alternatives to conviction and punishment in appropriate cases, including the

³ Disponível em <https://www.unsceb.org/CEBPublicFiles/CEB-2018-2-SoD.pdf>, acesso realizado no dia 13/05/2019.

decriminalization of drug possession for personal use, and to **promote the principle of proportionality, to address prison overcrowding and overincarceration by people accused of drug crimes**, to support implementation of effective criminal justice responses that **ensure legal guarantees and due process safeguards pertaining to criminal justice proceedings and ensure timely access to legal aid and the right to a fair trial, and to support practical measures to prohibit arbitrary arrest and detention and torture;**

[...]

- (iii) To assist Member States in **implementing non-discriminatory policies**, including with regard to ethnicity, race, sex, language, religion or other status;⁴

32. Extrai-se dos excertos colacionados que o posicionamento do órgão de cúpula das Nações Unidas, diante das experiências de outros países, preocupou-se em orientar os membros no sentido de buscar atuações alternativas àquelas anteriormente praticadas.

⁴ Tradução livre:

Nós, portanto, nos comprometemos a intensificar nossos esforços conjuntos e apoiar uns aos outros, *inter alia*: (i) Apoiar o desenvolvimento e implementação de políticas que coloquem as pessoas, a saúde e os direitos humanos no centro, proporcionando um continuum de cuidados baseado em evidências, acessível, acessível e acessível baseado em prevenção, tratamento e apoio, e promover um reequilíbrio das políticas e intervenções de drogas para abordagens de saúde pública; [...] (ii) Promover alternativas à condenação e punição em casos apropriados, incluindo a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, e promover o princípio da proporcionalidade, para enfrentar a superlotação carcerária e o excesso de encarceramento por pessoas acusadas de delitos de drogas, para apoiar a implementação efetiva. respostas da justiça criminal que assegurem garantias legais e garantias processuais relativas a procedimentos de justiça criminal e assegurem o acesso oportuno à assistência legal e o direito a um julgamento justo, e apoiar medidas práticas para proibir a prisão e detenção arbitrárias e a tortura; [...] (iii) Assistir os Estados Membros na implementação de políticas não discriminatórias, incluindo no que diz respeito a etnia, raça, sexo, idioma, religião ou outro status;

33. A prática internacional leva à compreensão de que a visão punitivista não ofereceu resultados concretos e, em muitos casos, abriu espaço para ações arbitrárias e discriminatórias.

34. Diante desse arcabouço, o CEB concluiu pela necessidade de implementar políticas baseadas em **evidências científicas**; que se atentem ao princípio da **proporcionalidade** e **evitem o encarceramento em massa**; bem como **não abram espaço para a implementação de políticas discriminatórias**.

35. A atuação do APCF SINDICAL busca exatamente auxiliar esta E. Corte, mediante disponibilização de informações objetivas sobre o tema em debate, a alcançar um consenso que coadune com as recomendações acima referidas — alinhando o Brasil às boas práticas internacionais.

IV. DAS INCONSISTÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

36. O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

37. No caso em análise, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal.

IV.1 DAS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR

38. A primeira premissa que deve ser levada em consideração para a análise do mérito é a de que o **Legislador infraconstitucional possui autonomia ampla para legislar**.

39. Impende destacar, porém, que **a autonomia não se dá de maneira absoluta, mas tão-somente dentro de limitações estabelecidas pela Constituição Federal**, como as relativas à competência e aos procedimentos legislativos, por exemplo — sendo, essa, a segunda premissa essencial à compreensão do debate.

40. Utilizando-se do conceito de Constituição Dirigente formulada por CANOTILHO, a presença do conteúdo programático-constitucional estabelece não apenas a distribuição de competências entre os órgãos do Estado e a proteção dos direitos de liberdade, mas também atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas.

41. Para o Autor, a Constituição não possui como única finalidade a limitação dos poderes; faz-se mister, também, definir as metas que deverão ser progressivamente realizadas pelo Estado com a finalidade de transformar a ordem política, econômica e social. Em geral, tais metas são formuladas pelos princípios constitucionais, implícitos e explícitos.

42. Sobre o tema, traz-se posicionamento de CANOTILHO:

ao legislador ordinário é conferido um âmbito de atuação relativamente vasto, que pode ser traduzido, dentre outros incrementos, na atividade criativa de ponderar os fins estabelecidos na Constituição, de realizar escolhas, selecionar os meios que entender mais amoldados para o conseguimento das tarefas e para a concretização dos fins, além da possibilidade de deliberação sobre qual ou quais finalidades devem prevalecer no momento que a lei é elaborada.⁵

43. O principal desafio da Constituição Dirigente seria, portanto, a sua concretização por meio da atividade legiferante ou regulatória e através de sua interpretação e aplicação, conforme se analisa de trecho colacionado abaixo:

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpr. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 16.

O tema a abordar na presente investigação é, fundamentalmente, o problema das relações entre a constituição e a lei. O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.⁶

44. Logo, identifica-se que a atuação do Legislador será sempre balizada pelas diretrizes constitucionais. Dentro desse espaço, o Legislador poderá atuar com discricionariedade — também chamada de liberdade de conformação —, sendo outorgado a ele a autonomia necessária.

45. Portanto, **dentro do espaço chamado de “liberdade de conformação”, é permitindo aos legisladores determinar o peso específico que os princípios e valores constitucionais devem ter em relação a uma conduta, estabelecendo-se regras gerais inspiradas nessa opção.**

46. Cabe questionar, portanto, como é realizada a opção do legislador no processo de formulação da regra geral.

47. Segundo ALEXY, princípios são mandamentos de otimização. Em definição mais aprofundada, são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"⁷.

48. Entretanto, a realização completa de um determinado princípio encontra barreira justamente pela realização de outros princípios. A maneira adequada para que haja a resolução do impasse é por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um “resultado

⁶ *Ibid*, p. 11-12.

⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90

ótimo” — que nada mais é do que o resultado ideal entre as diversas combinações possíveis resultantes da mitigação ou supressão de um princípio em favor de outro, que se entende, especificamente no caso concreto, mais valioso.

49. **Sendo assim, ao estabelecer uma norma, o Legislador pretende positivar a combinação que, após o sopesamento dos direitos fundamentais em conflito, entende ser a mais adequada ao enfrentamento da matéria.**

50. Entretanto, em matérias cujas premissas são incertas, não sendo possível aferir, com clareza empírica e/ou normativa as consequências da combinação realizada pelo legislador, essa deve ser considerada, *prima facie*, como correta. Sobre o tema, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA cita o doutrinador MARIUS RAABE:

[se] o legislador tomou uma certa decisão em uma situação de incerteza, há motivos [...] para considerar tal decisão como correta. O princípio democrático deve, nesse sentido, ser entendido como expressão de uma concepção procedimental de correção prática no âmbito da formação da vontade estatal.⁸

51. A solução de controvérsias envolve, em geral, a restrição de direitos em favor da promoção de outros — cuja opção legislativa dá-se após o sopesamento dos mesmos, estabelecendo-se norma baseada na opção compreendida como a mais adequada.

52. Entretanto, como bem ressaltado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, **quanto mais direitos estiverem envolvidos e quanto maior for o grau de incerteza empírica e normativa sobre os efeitos de suas decisões, maior será também a diversidade de soluções possíveis para cada problema enfrentado.** Como a teoria dos princípios sustenta que direitos fundamentais, enquanto princípios,

⁸ Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 217. *Apud* Fernando Alves Correia et al (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 915-937.

devem ser otimizados, cabe ao legislador essa tarefa de otimização na resolução dos problemas complexos mencionados.⁹

53. Assim, conclui VIRGÍLIO, nos casos em que é muito difícil saber com certeza o que é substancialmente correto, deve ser presumida uma correção *prima facie* da decisão do legislador. No âmbito dessa zona de incerteza, ele goza, devido à sua legitimidade democrática, da primazia decisória.

54. Noutro norte, além do legislador, é o Tribunal Constitucional quem possui competência para decidir, nos limites de sua atribuição de controle de constitucionalidade, qual a solução mais adequada à situação enfrentada. Para tanto, é necessário que se encontre uma solução que satisfaça o critério de otimização, conforme ensina a doutrina:

Nesse sentido, ainda que as soluções sejam diferentes, pode-se dizer que elas estão em uma zona de paridade, dentro da qual toda resposta é ótima e, por conseguinte, constitucional. [...] assim é possível aceitar, sem desvio de função, que um tribunal constitucional, ainda que sustente outra solução para um determinado caso envolvendo direitos fundamentais, possa aceitar a decisão do legislador, por entender que, ainda que ambas não sejam idênticas, não há uma que seja melhor do que a outra. Elas podem se encontrar em uma relação de paridade.¹⁰

55. Até o presente momento, o artigo 28 da Lei 11.343/2006 esteve revestido pela primazia decisória do Legislador. Entretanto, a opção legislativa não está isenta de controle por este Tribunal, motivo pelo qual deve-se refletir acerca da constitucionalidade do dispositivo.

⁹ Fernando Alves Correia et al (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 930.

¹⁰ *Ibid*, p. 932.

IV.2 DO CONTROLE DA ATIVIDADE DO LEGISLADOR

56. Não há dúvidas de que a Constituição é norma que regula os órgãos que ela mesma constitui. Nesse sentido, não se questiona, também, que o Poder Legislativo é um poder constituído por essa, de modo que sua atuação apenas encontra legitimidade nos limites que lhe é permitida pela Constituição.

57. Logo, opções legislativas — em especial as que envolvem direitos fundamentais — devem ser tomadas de acordo com as suas diretrizes e visando a manutenção do ordenamento jurídico nela fundado.

58. Especificamente em relação ao art. 28 da Lei 11.343/06, vê-se que a sobreposição dos verbos nucleares do tipo aos previstos no art. 33 da mesma legislação, tornam necessária a fixação de um parâmetro interpretativo quanto à destinação do tóxico. Esse parâmetro encontra-se no §2º do artigo 28, abaixo transcrito:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da 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.

59. A técnica legislativa determinou, então, ao poder judiciário que se protegesse, materialmente, a população — **utilizando-se de critérios subjetivos para determinar a destinação** — uso pessoal ou tráfico — da conduta do réu.

60. **Ocorre que a indicação de critérios como “circunstâncias sociais e pessoais” e “local e condições em que se desenvolveu a ação”, abrem margem para a institucionalização de decisões baseadas em concepções discriminatórias e arbitrárias, em especial por que o artigo 33 não prescinde de *animus lucrandi*, de modo que o dolo é afastado na análise da conduta do réu.**

61. Logo, a opção por uma estrutura normativa de tipicidade extremamente volátil, sem verificação de parâmetros objetivos, nem sequer de dolo do agente, transformam a lei em um instrumento causador de extrema insegurança jurídica, uma vez que cabe ao magistrado — muitas vezes munidos apenas dos laudos periciais de constatação da natureza da substância e do depoimento dos policiais — definir se a pessoa será considerada usuária ou traficante.

62. Logo, além de não proteger o bem jurídico de forma eficiente, abre espaço para a prisão de pessoas que, apesar de serem, de fato, usuários, encontram-se em local e condição social que são “tipicamente” de tráfico de drogas. Em outras palavras, abrandam-se a legislação aos economicamente mais abastados e endurece-se em relação aos mais pobres.

63. No estudo elaborado pelo APCF SINDICAL, utilizando de dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, esclarece que em **junho de 2016 a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade. Um aumento de mais de 700% em relação ao total registrado no início da década de 90, representando taxa de ocupação de 197,4%, ou seja, quase o dobro das vagas existentes.**

64. Ao considerar a realidade brasileira no tocante a apreensão de drogas, onde não se adota o sistema da quantificação legal, os dados apresentados pela Polícia Federal para os anos de 2015 a 2017 mostram a nítida elevação dos valores:

POLÍCIA FEDERAL - CGPRE/DICOR
Apreensões: Cocaína*, Maconha, Ecstasy, LSD e Heroína**

2015											
Ano	menor que 10		entre 10 e 100		entre 100 e 1000		a partir de 1000		Total		
Intervalo	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	
Droga/ocorrências/apreensão											
COCAÍNA (em gramas)	59	162,60	81	4.142,18	255	114.557,37	915	27.103.642,28	1310	27.222.504,43	
ECSTASY (em comprimidos)	17	59	22	908	31	13.051	31	596.955	101	610.973	
HEROÍNA (em gramas)											
LSD (em pontos)	3	6	6	202	2	277	3	11.120	14	11.605	
MACONHA (em gramas)	78	217,12	72	2.604,82	103	42.859,71	660	271.296.864,81	913	271.342.546,46	

*Cocaína , Pasta Base, Crack e Merla .: **Maconha, Haxixe e Skunk .: Fonte: Unicart, bancos internos PF e SISCRIM

2016											
Ano	menor que 10		entre 10 e 100		entre 100 e 1000		a partir de 1000		Total		
Intervalo	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	
Droga/ocorrências/apreensão											
COCAÍNA (em gramas)	123	305,27	82	3.283,96	157	71.453,94	909	41.396.063,57	1271	41.471.106,74	
ECSTASY (em comprimidos)	21	75	21	1.073	22	7.264	22	500.023	86	508.435	
HEROÍNA (em gramas)											
LSD (em pontos)	12	26	12	356	1	500			25	882	
MACONHA (em gramas)	205	574,52	108	3.926,82	129	49.805,75	800	235.365.413,69	1242	235.419.720,78	

*Cocaína , Pasta Base, Crack e Merla .: **Maconha, Haxixe e Skunk .: Fonte: Unicart, bancos internos PF e SISCRIM

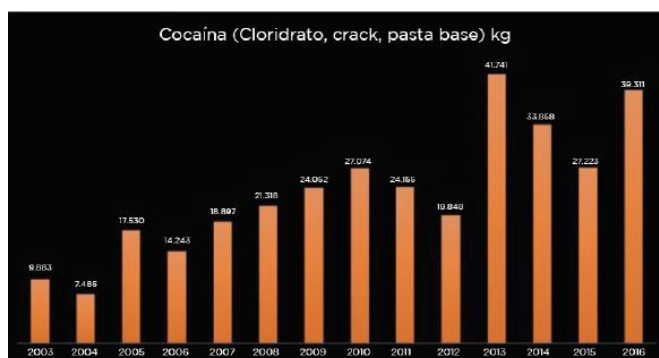
2017											
Ano	menor que 10		entre 10 e 100		entre 100 e 1000		a partir de 1000		Total		
Intervalo	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	ocorrências	massa/quantidade	
Droga/ocorrências/apreensão											
COCAÍNA (em gramas)	169	440,11	171	3.642,55	161	69.525,21	914	48.024.642,45	1415	48.098.250,32	
ECSTASY (em comprimidos)	42	126	50	1.978	57	15.004	32	737.754	181	754.862	
HEROÍNA (em gramas)					3	1.366,00			3	1.366,00	
LSD (em pontos)	39	67	14	453	4	1.213	1	5.000	58	6.733	
MACONHA (em gramas)	257	676,51	186	6.827,04	205	80.507,21	1051	353.905.481,06	1699	353.993.491,82	

*Cocaína , Pasta Base, Crack e Merla .: **Maconha, Haxixe e Skunk .: Fonte: Unicart, bancos internos PF e SISCRIM

65. O que se observa é o aumento geral no número de ocorrências, sobretudo naqueles casos referentes às apreensões em menores quantidades.

66. A título exemplificativo, se fossem utilizados os parâmetros espanhóis de permissão de posse de drogas, das 1415 ocorrências com a droga cocaína no ano de 2017, 169, por envolverem quantidades inferiores a 10 gramas, poderiam ser enquadradas como uso. Em relação a Maconha, das 1699 ocorrências em 2017, 443, por envolverem quantidades inferiores a 100 gramas, poderiam ser enquadradas como uso.

67. Não obstante, dados extraídos do sítio eletrônico da Polícia Federal, referentes a apreensões exclusivas da corporação, demonstram que, apesar de transcorridos mais de 10 (dez) anos de vigência da norma (que é decorrente da opção do Legislador), o que se observa é o aumento da apreensão de drogas — que é consequência lógica do aumento do consumo, como ilustrado pelos gráficos abaixo:



68. A elevação do consumo de drogas aliada a uma política proibicionista e de subjetivismo exacerbado, inexoravelmente, refletem, respectivamente: (i) no aumento do tráfico e das apreensões; (ii) no sistema prisional, com encarceramento em massa.

69. Ademais, além da pouca efetividade das medidas adotadas na repressão ao consumo, há outro reflexo importante: o aumento dos gastos públicos.

70. O sistema subjetivista e proibicionista contribui para o aumento da população carcerária. Como muito bem trazido no voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o DEPEN, R\$ 43.835,20. Ademais, o custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000,00.

71. Ressalte-se que esse valor é apenas parte do custo total do preso, visto só contabilizar os gastos dentro do sistema prisional. Os custos de um preso na fase policial e durante a instrução e julgamento na esfera judicial não foram contabilizados e somados a esse valor. Também não se levaram em conta os custos privados do preso com a família, com a empresa em que trabalhava e com a defesa (advogado, testemunhas, perícias e outros). Portanto, o custo médio de um preso, calculado pelo DEPEN, subestima o seu custo real. Outrossim, os dados apresentados não incluem os recursos públicos investidos na construção de novos presídios para absorção do aumento de internos.

72. Segundo estudo realizado pela Consultoria Legislativa do Senado¹¹, os gastos com prisões relacionadas ao porte e tráfico de entorpecentes no Brasil foram de R\$ 3,32 bilhões. Desses, R\$ 997,3 milhões foram despendidos com encarceramento relacionados à maconha, conforme tabela abaixo:

Tabela 5 – Gastos com o sistema prisional – Brasil, 2014

Número total de presos	607.373
Número de presos por porte e tráfico de entorpecentes	151.843
Número de presos por porte e tráfico de maconha	45.553
Custo médio mensal do preso	R\$ 1.824,44
Gasto prisional com porte e tráfico de entorpecentes	R\$ 3,32 bilhões
Gasto prisional com porte e tráfico de maconha	R\$ 997,3 milhões
Impacto da legalização da maconha sobre os gastos com o sistema prisional resultante	R\$ 997,3 milhões

73. O mesmo estudo, estima que R\$ 409,5 milhões sejam as despesas com repressão policial relacionadas ao combate às drogas, muitas delas voltadas a reprimir a utilização de drogas por usuários e/ou traficantes de pequenas quantidades.

74. Uma vez inseridos no sistema penitenciário, essas pessoas se tornam mão de obra para o crime organizado.

75. Informações sobre o tipo penal demonstram que **os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento, contra apenas 11% relacionados a homicídios.** Ademais, entre os **homens**, os crimes ligados ao tráfico representam **26% dos registros**, enquanto entre as **mulheres** esse percentual atinge **62%**, o

¹¹ IMPACTO ECONÔMICO DA LEGALIZAÇÃO DA CANNABIS NO BRASIL, disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/2016_4682_impacto-economico-da-legalizacao-da-cannabis-no-brasil_luciana-adriano-e-pedro-garrido, acessado em 13/05/2019.

que sugere emprego de mulheres em liberdade para a continuidade das ações relacionadas ao narcotráfico, mediante ordens de dentro do sistema prisional, como ilustrado pelo gráfico abaixo:



76. No caso em análise, há uma clara inaptidão da opção legislativa, consubstanciada na Lei de Drogas, no que tange à proteção do bem jurídico que se propõe a preservar, a saúde de pública.

77. Portanto, o Tribunal Constitucional possui competência para decidir, nos limites de sua atribuição de controle de constitucionalidade, qual a solução mais adequada à situação enfrentada, tendo em vista que a opção do Legislador não oferece o tratamento mais adequado à matéria. Para tanto, é necessário que se encontre uma solução que satisfaça o critério de otimização, conforme ensina a doutrina:

Nesse sentido, ainda que as soluções sejam diferentes, pode-se dizer que elas estão em uma zona de paridade, dentro da qual toda resposta é ótima e, por conseguinte, constitucional. [...] assim é possível aceitar, sem desvio de função, que um tribunal constitucional, ainda que sustente outra solução para um determinado caso envolvendo direitos fundamentais, possa aceitar a decisão do legislador, por entender que, ainda que ambas não sejam idênticas, não há uma que seja melhor

do que a outra. Elas podem se encontrar em uma relação de paridade.¹²

78. Logo, deve-se apreciá-la sob o prisma do princípio da proporcionalidade, como muito bem ressaltado pelo voto do Ministro Relator:

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a **proibição de excesso** (Übermassverbot) funciona como limite máximo e a **proibição de proteção insuficiente** (Untermassverbot), como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

79. A norma, ao se imiscuir nos limites da vida privada do indivíduo, afastando este direito fundamental em detrimento da proteção da saúde pública, deve determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. Sobre o tema, o Ministro Relator, em obra doutrinária¹³, ressalta o ponto levantado:

O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (BVerfGE 88, 203,1993). O Bundesverfassungsgericht assim se pronunciou: "O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que

¹² *Ibid*, p. 932.

¹³ MENDES, Gilmar. O Controle de Constitucionalidade das Leis Penais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_27730997_O_CONTROLE_DE_CONSTITUCIONALIDADE_DAS_LEIS_PENAIIS_E_O_PRINCIPIO_DA_PROPORCIONALIDADE_1.aspx, acesso em 13/05/2019

levem a alcançar - atendendo à contraposição de bens jurídicos - a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). [] É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção com meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência []. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis []".

80. No caso em análise, os dados disponíveis somente permitem concluir que a opção Legislativa vigente levou a uma situação de excesso quanto ao direito fundamental à intimidade e à vida privada e, por outro lado, a uma proteção insuficiente em relação à saúde e segurança pública.

81. Diante do exposto, há clara inconsistência nos dispositivos em análise, de maneira que esta Corte deve, nos limites de sua atribuição de controle de constitucionalidade, sanar os vícios a ela inerentes e, especificamente em relação ao art. 28, primar pela fixação de critérios claros e objetivos para a diferenciação das condutas tipificadas como tráfico e como uso pessoal de entorpecentes.

V. DA NECESSIDADE DE ESTABELECEM CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO PESSOAL E TRÁFICO, DE MODO A AFASTAR AS MÁCULAS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

82. Não restam dúvidas de que a distinção entre consumo pessoal e tráfico é um dos maiores problemas técnicos da lei de drogas, sendo reconhecida como uma das questões mais difíceis e controversas enfrentadas pelos legisladores e formuladores de políticas de drogas.

83. Como discorrido na presente petição, a opção do legislador por uma política que tenha por intenção concretizar um mandado de otimização; possua incertezas quanto às premissas envolvidas e seus resultados, situa-se em um *locus* de paridade com outras opções que atinjam a mesma finalidade.

84. No caso em análise, como já ressaltado, os dados disponíveis somente permitem concluir que a opção Legislativa vigente levou a uma situação de excesso quanto ao direito fundamental à intimidade e à vida privada e, por outro lado, a uma proteção insuficiente em relação à saúde e segurança pública.

85. Diante do exposto, cabe a esta Corte, nos limites de sua atribuição de controle de constitucionalidade, sanar os vícios a ela inerentes e, especificamente em relação ao §2º do art. 28, primar pela fixação de critérios claros e objetivos para a diferenciação das condutas tipificadas como tráfico e como uso pessoal de entorpecentes.

86. Para enfrentamento da questão, duas soluções são normalmente apontadas: o esquema de limites e o modelo “flexível”

87. Em relação a primeira solução, quantidades pré-definidas das substâncias são presumidas para uso pessoal. Já no modelo flexível (ou “sistema discricionário”) o tribunal decide se a posse de drogas é para uso pessoal ou para fornecimento, levando em conta todas as circunstâncias disponíveis. Esse segundo modelo, de reconhecimento judicial ou policial, é o atualmente empregado no Brasil e depende da análise do caso concreto a partir do qual se decidirá sobre o correto enquadramento.

88. Dessa maneira, diante da grave inaptidão da política atual em estabelecer essa distinção com base em parâmetros técnicos-científicos, sugere-se à Corte a adoção de critérios objetivos quanto à diferenciação entre consumo pessoal e tráfico, baseados em sistema de quantidade diária de droga x número de

dias, a similaridade do adotado por diversos países sem, contudo, perder a flexibilidade de se poder afastar tal presunção em casos que, apesar da pequena quantidade, seja evidente a intenção de traficar.

89. Ressalta-se: o APCF SINDICAL não está aqui para defender o erro ou o acerto da opção legislativa pela tipificação do consumo de drogas — tendo em vista que ultrapassa os limites técnicos de sua contribuição, sendo matéria afeta à interpretação jurídica e sociológica.

90. O Postulante vem aos Autos, em verdade, para disponibilizar material técnico que auxilie esta Corte a estabelecer um quantitativo que possibilite criar uma presunção de consumo, evitando que sejam perpetuadas arbitrariedades decorrentes da interpretação demasiadamente subjetiva que permite o §2º do art. 28.

91. Tais valores terão como base estudos científicos que estabelecem dosagem de uso diário, de maneira a dar segurança jurídica à aplicação da legislação — independentemente do resultado do julgamento no que tange à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma analisada.

92. Tal situação auxiliará o magistrado que, em muitas ocasiões, não possui conhecimento técnico-científico para distinguir, em cada composto, o que seria uma quantidade que, em doses diárias, equivaleria a consumo.

93. Entende-se que devem ser previstos limites máximos para consumo pessoal em que, considerando o modelo já vigente, não seriam passíveis de detenção e limites intermediários, para os quais, sem prejuízo das sanções penais, poderia ser estabelecido algum critério atenuante.

94. Caso esse critério seja adotado, é imprescindível que se faça, desde já, a definição de um limite máximo para consumo pessoal.

95. Antes de seguir para a indicação do montante sugerido, é importante destacar que a dose padrão de uma droga é obtida por meio de investigações toxicológicas, decorrentes de experimentos controlados. Assim, embora tenham por objetivo simular situações reais de uso, não é possível precisar com total certeza uma dose padrão, visto que muitas vezes as substâncias adquiridas no mercado ilícito podem estar adulteradas ou possuir grandes distinções entre padrões de “qualidade”. Além disso, fatores internos e externos relacionados ao indivíduo e ao uso, assim como desenvolvimento de tolerância, podem modificar os valores atribuídos às doses padrão.

96. Considerando o exposto, a literatura científica tem demonstrado as seguintes doses padrão para uso das drogas cocaína, maconha, heroína e ecstasy:

DROGA	VIA DE ADMINISTRAÇÃO	DOSE UNITÁRIA MÉDIA
Cocaína	Intravenosa	30 mg
Cocaína	Pulmonar (crack)	50 mg
Cocaína	Intranasal	70 mg
Ecstasy	Oral	120 mg (1 comprimido)
Maconha	Pulmonar	1000 mg
Heroína	Intravenosa	70 mg

97. Portanto, ao considerar o emprego de até 4 doses diárias (exceto para o ecstasy, cujo padrão de uso, menos compulsivo, difere das demais) em um período de 10 dias, seriam obtidos os seguintes valores a título de “consumo pessoal”:

DROGA	VIA DE ADMINISTRAÇÃO	QUANTIDADE MÁXIMA PARA TIPIFICAÇÃO DE USO (10 DIAS OU 20 DOSES PARA ECSTASY E 10 DIAS OU 40 DOSES PARA AS DEMAIS)
Cocaína	Intravenosa	1,2 g
Cocaína	Pulmonar (crack)	2g
Cocaína	Intranasal	2,8 g
Ecstasy	Oral	1,2 g (10 comprimidos)
Maconha	Pulmonar	40 g
Heroína	Intravenosa	2,8 g

98. Dessa forma, o Postulante sugere que sejam adotados os limites dos valores apresentados na tabela acima, criando-se uma presunção legal de que, até essa quantidade, a droga estaria destinada ao consumo pessoal.

99. Entretanto, como já mencionado, entende-se que tal presunção não deve ser absoluta. Ao verificar, no caso concreto, elementos que coadunem com a conduta tipificada como tráfico, deve o Magistrado afastar tal presunção.

100. Essa flexibilização permitiria o retorno efetivo do ônus da prova à acusação, tornando-se novamente necessário comprovar cabalmente a existência de prática de tráfico pelo acusado, reduzindo-se o subjetivismo exacerbado e mantendo-se intacta a presunção de inocência. Em consonância com o exposto, o Ministro Relator ressaltou a importância da demonstração cabal da existência de tráfico pela acusação:

A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal.

Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa. À acusação não seria necessário

demonstrar qualquer finalidade para enquadramento no tráfico pela singela razão de que o tipo penal não enuncia finalidade. Em verdade, a legislação usou a forma mais simples de construir as figuras, do ponto de vista linguístico, mas não a que permite sua mais direta interpretação.

A presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. A finalidade é um elemento-chave para a definição do tráfico. A cadeia de produção e consumo de drogas é orientada em direção ao usuário. Ou seja, uma pessoa que é flagrada na posse de drogas pode, muito bem, ter o propósito de consumir.

Seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto. Dessa forma, a melhor leitura é de que o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da acusação.

A finalidade – circunstância íntima ao agente –, via de regra, não pode ser provada de forma direta, sendo avaliada com base nos indicativos dados pelas circunstâncias do caso. Por isso, a própria lei diz que a avaliação deve ser feita de acordo com os indícios disponíveis. Assim, é ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo não era o consumo pessoal. Essa circunstância deve ser alvo de escrutínio pelo juiz.

Se os indícios apontam para o tráfico de uma forma inequívoca, pode-se dispensar uma fundamentação explícita – não se exige esforço argumentativo para demonstrar que uma tonelada de droga não se destina ao consumo pessoal. Em casos limítrofes, contudo, a avaliação deve ser cuidadosa.

101. Cabe destacar, além disso, que as sugestões apresentadas têm como base a manutenção do viés proibicionista, embora com nítida flexibilização, de forma a se adequar à realidade atual e a contribuir para a redução da população carcerária (buscando reduzir o incremento da mão de obra para o crime organizado). No entanto, caso o viés seja o da descriminalização, as sugestões deverão ser adaptadas a essa realidade e envolver regras de conduta e de fiscalização apropriadas, como bem ressaltado pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO em seu voto:

Independentemente da criminalização ou não do porte de drogas para o consumo pessoal, é imprescindível que se estabeleça um critério objetivo para distinguir consumo de tráfico.

102. Desse modo, diante de todo o exposto, o Postulante requer seja admitido na qualidade de *amicus curiae* para auxiliar o E. STF no julgamento da ação, por meio da apresentação de dados e informações pertinentes à resolução da demanda, que entende ser de suma importância para mitigar esse grave problema jurídico e social — utilizando, para tanto, dados científicos; atuais; e sugestões alinhadas com as novas diretrizes e boas práticas internacionais.

VI. DOS PEDIDOS

103. Diante de todo exposto, requer-se:

- a. Seja deferido o presente pedido de ingresso para que se admita a intervenção do ora Postulante na qualidade de *amicus curiae* no RE nº 635.659/SP, a fim de que possa auxiliar o E. STF no julgamento da ação, por meio da apresentação de dados e informações pertinentes à resolução da demanda;
- b. Sejam então examinadas as informações apresentadas na presente petição para que, independentemente do resultado do julgamento quanto à constitucionalidade da tipificação do art. 28 da Lei 11.343/06, sejam fixados parâmetros objetivos para a diferenciação entre usuários e traficantes, de maneira a afastar as máculas que viciam a referida norma.

104. Requer-se ainda que todas as intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome do advogado ALBERTO EMANUEL ALBERTIN MALTA (OAB/DF 46.056), sob pena de nulidade.

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 20 de maio de 2019.

ALBERTO MALTA
OAB/DF 46.056

RODRIGO VALLE
OAB/DF 46.031

DAVI ORY
ESTUDANTE DE DIREITO

ROL DE DOCUMENTOS:

Doc. 01 – Procuração;

Doc. 02 – Ata de eleição e apuração de voto, com o número de filiados;

Doc. 03 – Ata de posse da diretoria executiva;

Doc. 04 – CNPJ do Postulante, com a demonstração de inscrição e situação cadastral;

Doc. 05 – Estatuto social do Postulante;

Doc. 06 – Registro no MTE;

Doc. 07 – Estudo técnico conjunto APCF/ABCF com vistas a auxiliar os trabalhos relacionados à proposição de anteprojeto de lei para atualizar a lei 11.343/06 e o Sistema Nacional de Políticas Públicas de Drogas;

Doc. 08 – Resolução do Conselho Diretor-Executivo de Agências e Fundos da ONU (CEB) datada de 18 de janeiro de 2019; e

Doc. 09 – Impacto econômico da legalização da *Cannabis* no Brasil, estudo realizado pela Consultoria Legislativa do Senado.