

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES DO COLEND
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEMORIAIS

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

Desde 10 de Setembro de 2015, após pedido de vistas dos autos feito pelo saudoso ministro Teori Zavascki, a sociedade aguarda a retomada do julgamento do **Recurso Extraordinário nº 635.659** - cujo protocolo remonta a 2011 -, no qual foi reconhecida a repercussão geral sobre o tema "*tipicidade penal do porte de droga para consumo pessoal*" (tema 506). Até aquele momento o eminente relator, Ministro Gilmar Mendes, já havia proferido voto no sentido de declarar a "inconstitucionalidade, sem redução de texto do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal", no que foi seguido parcialmente pelos eminentes Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. No

entanto, desde a interrupção do julgamento, em setembro de 2015, novas descobertas científicas foram feitas, novos dados sobre segurança pública e sistema prisional foram publicados, novas decisões judiciais e até mesmo a composição do Supremo Tribunal Federal foi alterada. A cada dia fica mais evidente a urgência do posicionamento da mais alta corte do país sobre este tema. É sobre esses novos dados e informações que as entidades subscritoras vêm aqui se manifestar.

Em outubro de 2016, a Lei nº 11.343 completou dez anos de vigência. Qualquer avaliação equilibrada e verdadeira a respeito desse período deve reconhecer o absoluto fracasso dessa política de drogas repressiva, causadora de tantos danos sociais e, paradoxalmente, incapaz de impedir a circulação das drogas ilegais, que nunca foram tão abundantes, baratas, acessíveis e potentes como nos dias de hoje. Nesse sentido:

Em relação à política de drogas, viu-se que a **'guerra às drogas'** produz dados da realidade que não podem ser ignorados, entre eles, o **aumento da população carcerária**, o **aumento do número de mortes** decorrentes do tráfico de drogas, o **aumento da corrupção** e o **fortalecimento do crime organizado**. Para enfrentar o assunto, tais pontos devem ser considerados ("O Ministério Público em busca de novas práticas penais", Marcelo Pedrosa Goulart e Tiago Cintra Essado, Boletim IBCCRIM 264 - Novembro/2014).

Superencarceramento, violência, corrupção e fortalecimento do crime organizado. Esses são os efeitos visíveis de nossa fracassada política de drogas. Esse é o balanço nu e cru dos dez anos de vigência da Lei nº 11.343/06.

Hoje, mais de um terço dos presos brasileiros é acusado, condenado ou sentenciado por tráfico de drogas, sendo que aproximadamente 40% não sofreu condenação definitiva. A aplicação da Lei nº 11.343/06 se tornou o principal vetor encarcerador

no Brasil, conforme reconhece o próprio Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça:

Importante notar o grande número de pessoas presas por **crimes não violentos**, a começar pela expressiva participação de crimes de **tráfico de drogas**, categoria apontada como [...] a principal responsável pelo **aumento exponencial das taxas de encarceramento** no país e que compõe o maior número de pessoas presas (Infopen, MJ, 2014).

A causa dessa realidade tem a ver com a jurisprudência que admite a presunção de tráfico de drogas, o que viola de forma chapada não apenas a Constituição Federal, que consagra a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII), mas também e especialmente o art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Infelizmente, a pessoa flagrada com drogas no Brasil passa a ter o ônus de provar que não é traficante. Há uma tendência de enquadrar como tráfico casos de mero porte para consumo pessoal, de modo que a capitulação como tráfico é a regra em situações envolvendo a posse de drogas. A mera comparação aritmética entre o número de verbos que compõem os núcleos dos tipos descritos na Lei nº 11.343/06, nos arts. 28 (posse para uso pessoal) e 33 (tráfico), indica a prevalência deste sobre aquele: são 18 verbos indicadores da conduta prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06, incluindo todos os 5 verbos constantes no art. 28 (**adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar** ou **trouzer consigo**). E a regra prevista no art. 28, §2º (“Para determinar se a droga se destinava 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”), que deveria indicar com clareza os critérios dogmáticos diferenciadores da posse para uso pessoal do tráfico de drogas, não tem sido capaz de evitar a presunção de tráfico.

Embora a conduta de porte para consumo pessoal não enseje pena de prisão, o art. 28 da Lei de Drogas tem relevante papel no superencarceramento, recaindo justamente sobre aqueles mais vulneráveis perante o sistema criminal, para os quais as figuras de traficante e usuário se confundem. Sua manutenção enquanto crime esvazia a tentativa de despenalização do legislador de 2006. Como não há critérios distintivos adequados para identificar a posse para uso pessoal do tráfico, qualquer apreensão de drogas, em qualquer quantidade, pode configurar o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, tendo impactos nas políticas de segurança pública e, por conseguinte, prisional, como será exposto a seguir:

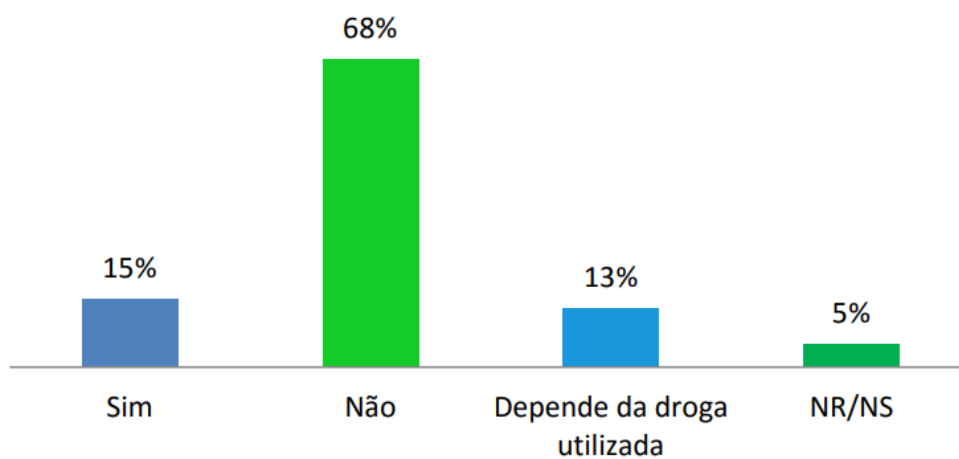
I. 10 ANOS DA LEI DE DROGAS: SELETIVIDADE PENAL E A INDISTINÇÃO ENTRE USO PESSOAL E TRÁFICO

Se de um lado, a Lei 11.343/2006 aumentou a pena do crime de tráfico, de outro expressou claramente a perspectiva de deixar de prender usuários de drogas. Essa medida, porém, não trouxe os efeitos pretendidos. O mesmo grupo social continuou sendo preso, mas o deixou de ser na qualidade de usuário, passando a cumprir penas longas e em condições mais rígidas, condenados como traficantes, contribuindo com o exponencial aumento da população prisional.

Vale ressaltar que, mesmo hoje, passados dez anos da aprovação da referida legislação, ainda é possível identificar no Congresso Nacional a perspectiva de não aprisionamento de usuários de drogas, como mostram os resultados de pesquisa publicada pela Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD) em março de 2016, com o mapeamento da opinião dos congressistas brasileiros sobre o assunto.

Com a participação de 200 deputados e 34 senadores, o levantamento¹ apontou que 68% dos deputados se posicionaram contra a criminalização, patamar que se elevou a 79% entre os senadores.

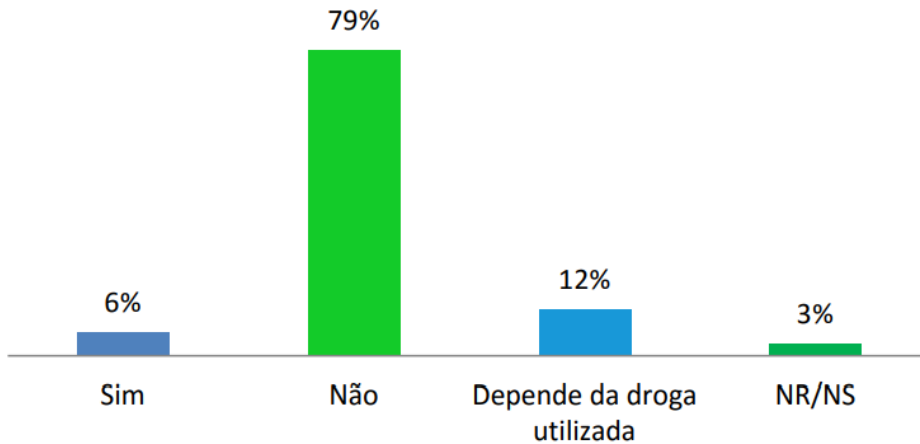
Gráfico 1 - Respostas das deputadas e dos deputados à questão: o usuário de drogas deve ser criminalizado?



Fonte: Plataforma Brasileira de Política de Drogas.

Gráfico 2 - Respostas das senadoras e dos senadores à questão: o usuário de drogas deve ser criminalizado?

¹ Disponível em: <<http://pbpd.org.br/publicacao/pesquisa-sobre-percepcao-dos-parlamentares-brasileiros-sobre-politica-de-drogas/>>. Acessada em 18 de dezembro de 2016.

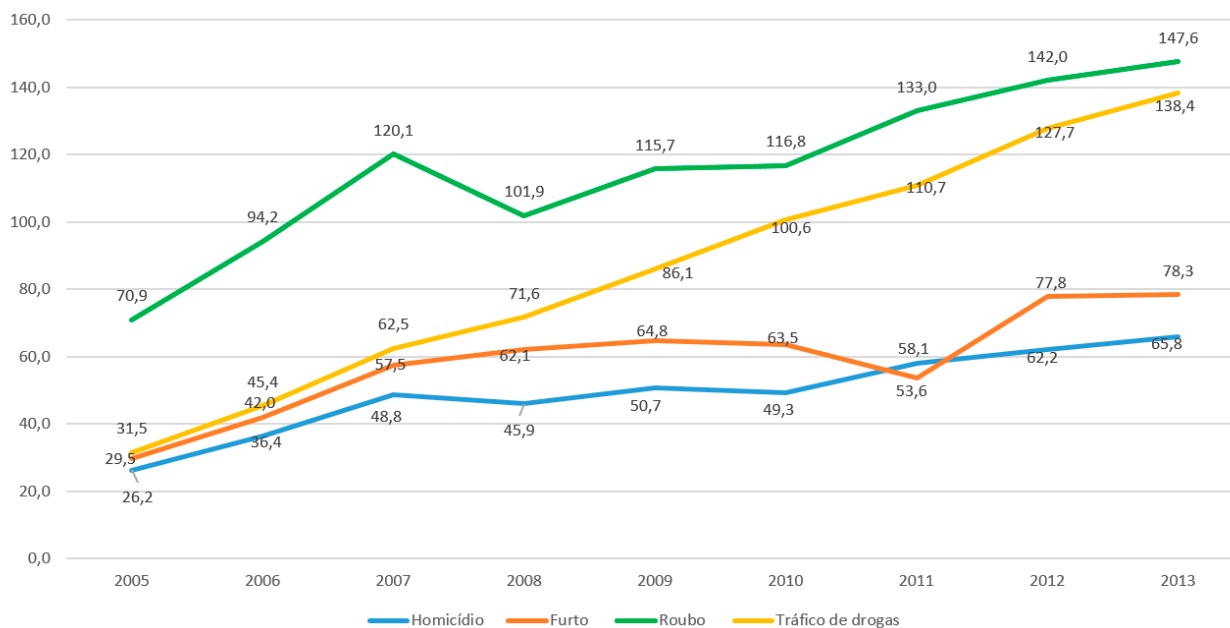


Fonte: Plataforma Brasileira de Política de Drogas.

Diante da pretensão expressa no texto da Lei de Drogas aprovada em 2006 e da verificada posição pela não criminalização de usuários de drogas entre a maioria dos legisladores que, tendo a competência e a legitimidade para construir a norma, reiteraram em 2016 seu entendimento neste sentido, reafirma-se a importância do célere desfecho do debate travado nos autos, remarcando-se que a discussão se arrasta na Suprema Corte desde 2011. Espera-se, dessa forma, que seja possível mitigar os resultados verificados a partir da observação do funcionamento do sistema de justiça criminal - em desalinho com a sujeição constitucionalmente garantida aos congressistas.

Se historicamente os crimes patrimoniais representaram a principal causa do encarceramento no Brasil em tempos passados, a atual aplicação da Lei de Drogas reverteu essa tendência, influenciando a proporção dos tipos penais sobre o total de crimes no sistema prisional, como vemos no gráfico abaixo. De acordo com os dados do DEPEN, de 2006 a 2014 houve um aumento de 339% de aprisionamento por tráfico de drogas no país, passando de 31 mil para 138 mil.

Gráfico 3 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil, por tipos penais selecionados, entre 2005 e 2013 (milhares)



Fonte: Infopen/Ministério da Justiça (2016).

Tomamos o exemplo do Estado de São Paulo, que responde por 53% das prisões por drogas do país (Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, 2015²), para destacar que o aprisionamento dessas tantas pessoas se dá de forma seletiva, recaindo justamente sobre aqueles mais vulneráveis perante o sistema criminal, para os quais a figura de traficante e usuário se confundem.

Pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP) sobre prisões por drogas em São Paulo³ apontou que elas se dão em decorrência de flagrantes, ocorridos na via pública (82%) e em patrulhamento de rotina (63%), sendo que 69% das pessoas são presas sozinhas. A repressão volta-se a pessoas jovens, com idade entre 18 e 29 anos (75,6 %), negras (59%), com até o primeiro grau completo (60%).

² Disponível em: <www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf>.

³ Disponível em: <www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>.

Em 62,17% dos casos, as pessoas presas por drogas declararam exercer algum tipo de atividade remunerada (JESUS et al., 2011).

O estudo apontou que as prisões em flagrante respondem por 82% dos casos de prisões por drogas em São Paulo. Entre os anos de 2005 e 2015 os flagrantes representaram entre 65% e 74% das prisões efetuadas no Estado.

Tabela 1 - Percentual de pessoas presas em flagrante no Estado de São Paulo, entre 2005 e 2015

Ano	Percentual de presos em flagrante
2005	68%
2006	67%
2007	65%
2008	67%
2009	67%
2010	68%
2011	68%
2012	71%
2013	74%
2014	72%
2015	69%

Fonte: SSP/SP, *apud* Silvestre 2016⁴.

Com relação ao perfil das pessoas presas, o relatório da pesquisa “Liberdade em Foco: redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo”, publicado pelo IDDD⁵ em 2016, confirmou a seletividade do aprisionamento: 66,6% das pessoas presas se declararam negras, apenas 1,4% tinham nível superior e 84,4% recebiam até dois salários mínimos, sendo que 40,8% eram os únicos responsáveis pelo sustento dos filhos.

Ainda com relação às circunstâncias da prisão, a pesquisa aponta que em

⁴ Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/8386>>.

⁵ Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/index.php/2016/05/06/liberdade-em-foco>>.

48,5% dos casos houve relatos de violência policial (agressões físicas durante a abordagem policial, ou no momento do flagrante, ou na delegacia), sendo a PM a responsável por 74,9% das agressões. As ameaças se somam aos casos de agressão, tendo sido verificadas em 40% das entrevistas. Nesse caso, a PM foi apontada como autora exclusiva de 76,7% das ameaças.

Em 77,4% dos casos, os policiais que efetuaram as prisões foram também as testemunhas do ocorrido. Em apenas um dos mais de 400 casos analisados pelo IDDD, a testemunha não estava diretamente envolvida com a investigação.

O policial que realiza o flagrante é quem acaba por classificar a infração, o que, ao fim e ao cabo, define o tipo de pena que a pessoa acusada poderá vir a receber ao final do processo. Gorete Marques de Jesus, na recém-defendida tese “O que está no mundo *não* está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas⁶”, destaca que o protagonismo dos policiais militares na realização das prisões, diante das dinâmicas postas, se estende para além do momento do flagrante.

A centralidade do inquérito conduzido pela polícia judiciária ganha relevância diante dos elevados índices de agressões e ameaças levadas a cabo pela Polícia Militar durante as prisões, como verificado nas pesquisas apresentadas. As conclusões da pesquisadora, porém, nos mostram que também essa possibilidade de saneamento é afastada na prática. A autora aponta que “esses flagrantes não são investigados, isto é, nada mais é produzido em termos de esclarecimentos dos fatos. O inquérito policial limita-se à cópia dos autos de prisão em flagrante” (JESUS, 2016, p. 30).

A ilustração abaixo, extraída da pesquisa publicada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC sobre prisão provisória em São Paulo, ilustra o passo a

⁶ Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/fr.php>>.

passo da aplicação do direito penal desde o flagrante, chamando atenção para o fato de que “o enquadramento estabelecido no primeiro momento tende a ser mantido ou agravado”.

Ilustração 1 – Passo a passo do Sistema de Justiça Criminal



Fonte: ITTC, 2013.

O resultado da análise empreendida por Jesus dos processos de tráfico de drogas demonstrou que “o relatório final do inquérito policial consiste na cópia dos autos da prisão em flagrante produzidos no momento da prisão” (2016, p. 68). A pesquisa do ITTC, por sua vez, nos mostra, em síntese, que o Ministério Público agravou o enquadramento disposto no boletim de ocorrência em 30% dos casos, o que foi mantido pelos juízes em 83% dos casos.

Os resultados das mais recentes pesquisas sobre o tema confirmaram a seletividade racial, territorial e social do controle estatal exercido por meio do direito penal e explicitaram o protagonismo da Polícia Militar (PM) na efetivação dos flagrantes, que se configuram como o padrão de entrada do sistema carcerário e que

quase invariavelmente são convertidos pelo Sistema de Justiça em penas de prisão, mesmo que a PM não tenha atribuição para realizar investigações. Consideramos também os elevados índices de violência (agressões físicas durante a abordagem policial, no momento do flagrante ou na delegacia) atribuídos à própria PM, que em regra atua também como a única testemunha dos casos.

II. O IMPACTO DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO DE DROGAS NO SISTEMA PRISIONAL E NA SEGURANÇA PÚBLICA

No Brasil há poucos elementos que indiquem que a política de combate às drogas em geral, e a criminalização do porte para consumo de drogas em particular, tem atingido os efeitos esperados, como a redução do mercado ilegal, a diminuição do consumo. Em contrapartida há cada vez mais evidências de que os efeitos colaterais dessa política afetam aspectos mais amplos do sistema de segurança e justiça criminal.

Pesquisa⁷ produzida pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP) traz dados ilustrativos da realidade das ocorrências policiais envolvendo os crimes de drogas (Lei 11.343/2006).

Série histórica do volume de apreensões de drogas:

⁷ RAPIZO, Emmanuel (org). “Panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro (2010-2016).(2016) Disponível em:

http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf

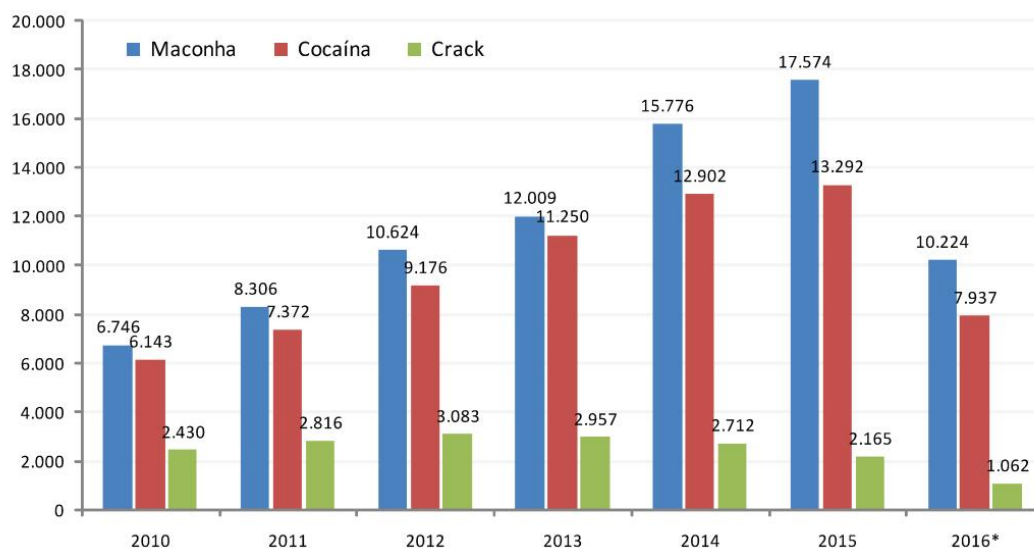
Observações: No relatório em tela dados de massa só estão disponíveis a partir de 2010 e para o ano de 2016 foram considerados dados de janeiro a agosto.

Pela documentação analisada (registros e laudos) foi possível analisar a massa de 80% das apreensões.

No gráfico a seguir é possível observar a tendência de volume de apreensões por tipo de drogas: há o aumento das apreensões de cocaína e maconha, e estabilidade das apreensões de crack. A maconha é a droga mais apreendida, tanto em número de ocorrências quanto em massa, conforme mostram os gráficos 3 e 4.

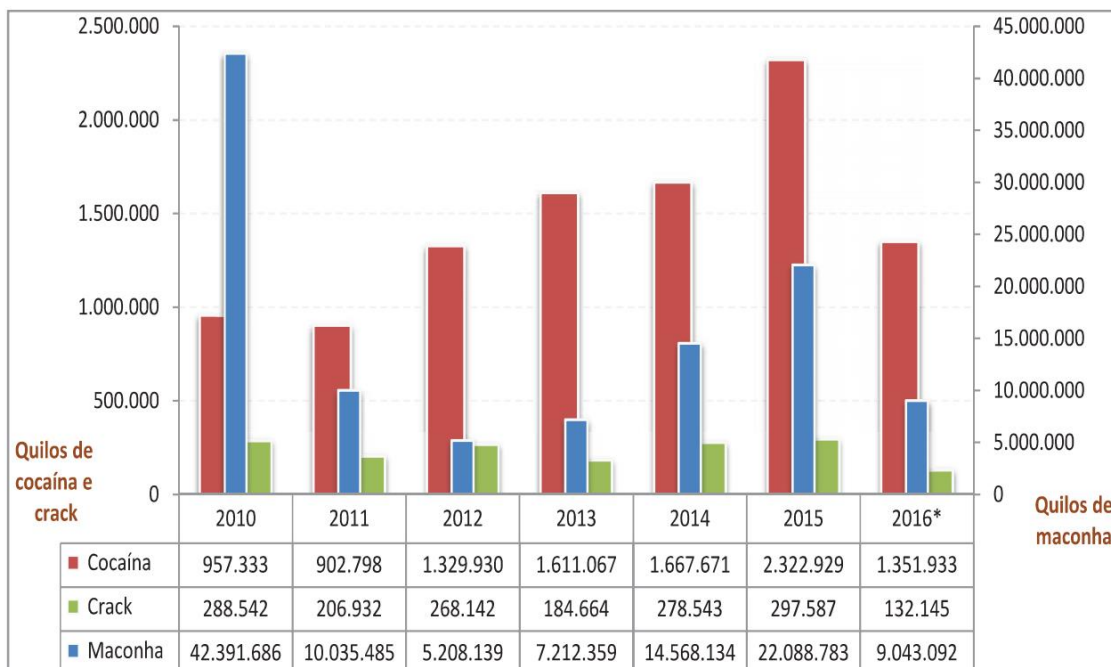
As apreensões de maconha e cocaína têm crescido, assim como o montante de massa retirado do mercado. A única que parece ter evolução histórica estável é o crack, com tendência de redução nos últimos anos. Apesar do que se temia nos anos de 2000, não parece ter havido crescimento no mercado de crack quando medido pelo número de apreensões” (p. 5)

Gráfico 4 - Registros de ocorrências por tipo de droga no Estado



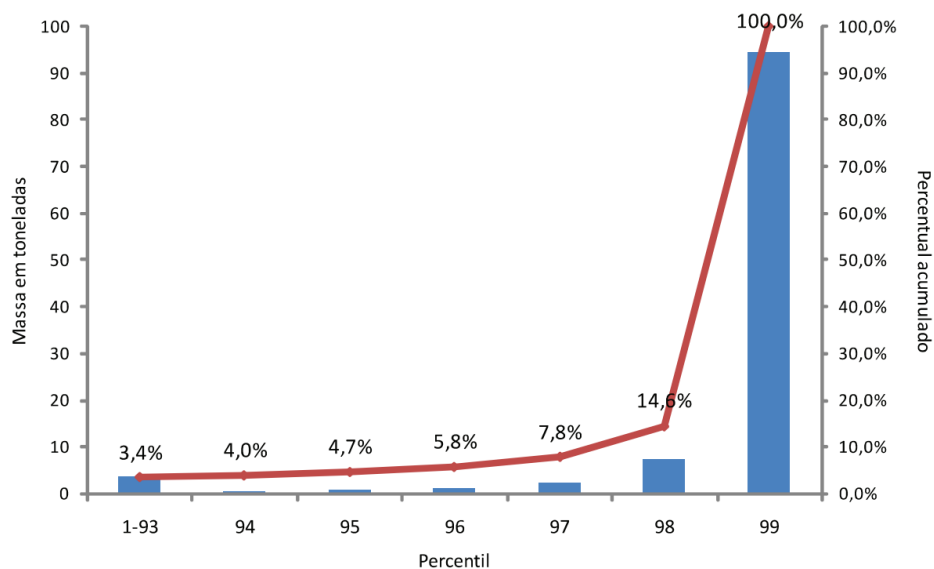
Fonte: Instituto de Segurança Pública - ISP /RJ

Gráfico 5 - Massa de droga apreendida por ano por Estado



Fonte: Instituto de Segurança Pública – ISP /RJ

Gráfico 6 – Massa de maconha apreendida de acordo com o percentil das ocorrências e percentual acumulado – Estado do Rio de Janeiro entre 2010 e 2016



Fonte: Instituto de Segurança Pública – ISP /RJ

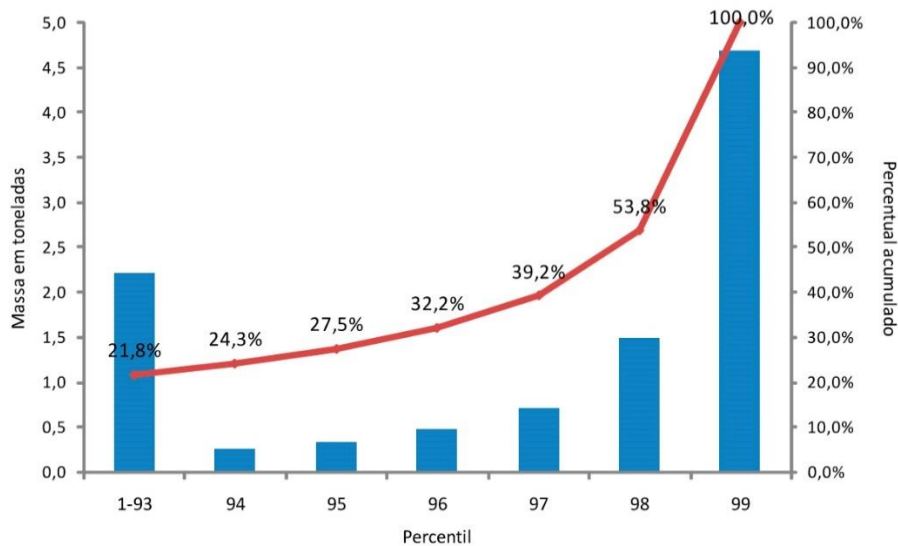
Os dados mais impactantes, no entanto, estão relacionados às medianas de apreensões. Os números demonstram que há milhares de ocorrências com prisões e apreensões com quantidade de droga muito baixa, e algumas centenas de apreensões que respondem pela esmagadora maioria de quantidade de droga apreendida. Nas palavras dos responsáveis pelo relatório:

Em termos absolutos e excluindo o caso do complexo do Alemão, entre 2010 e 2016, 400 mil ocorrências apreenderam aproximadamente 60 toneladas de maconha, enquanto outras 80 mil ocorrências recolheram 16 toneladas. (p. 12)

[...]

O mesmo perfil, ainda que não tão desigual, é encontrado para a cocaína, como mostra o gráfico. Nesse caso, o percentil 99 é responsável por aproximadamente 46% da massa de cocaína. Contudo, caso se considere alguns poucos casos a mais, tem-se que 6% dos casos apreenderam quase 78% da massa. Em termos absolutos, pode-se dizer que 280 ocorrências registraram quase quatro toneladas, enquanto outras 55 mil ocorrências somaram quase o mesmo valor de massa de droga apreendida. (p.13)

Gráfico 7 – Massa de cocaína apreendida de acordo com o percentil das ocorrências e percentual acumulado – Estado do Rio de Janeiro entre 2010 e 2016



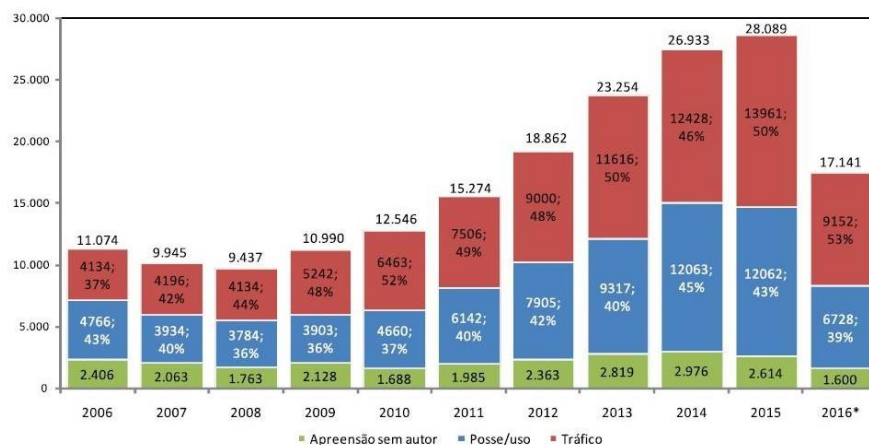
Fonte: Instituto de Segurança Pública – ISP /RJ

Se as medianas de quantidades de drogas em geral já são baixas, se olharmos exclusivamente para o universo de drogas apreendidas em contexto de posse, as quantidades beiram a insignificância, razão pela qual fica ainda mais evidente a irracionalidade da criminalização de posse de drogas para uso pessoal.

*“Em relação às três drogas apreendidas, a mediana de gramatura apreendida é baixa, enquanto poucas apreensões concentram a maioria de massa de droga recolhida. Em 50% das ocorrências em 2015 apreendeu-se até 10 gramas de maconha. Contudo, os valores são distintos, caso se separe por modalidade de ocorrência. **As apreensões por tráfico e sem autoria tiveram médias de 56 a 70 gramas de maconha em 2015, respectivamente, contra dois gramas no caso de posse.**” (p. 5, grifo nosso)*

Outra análise importante, que ajuda a dimensionar o volume de trabalho e energia despendidos na temática de drogas, diz respeito à distribuição das ocorrências envolvendo drogas dentre os diferentes tipos penais.

Gráfico 8 - Registros de ocorrências de apreensões de drogas totais e por modalidade

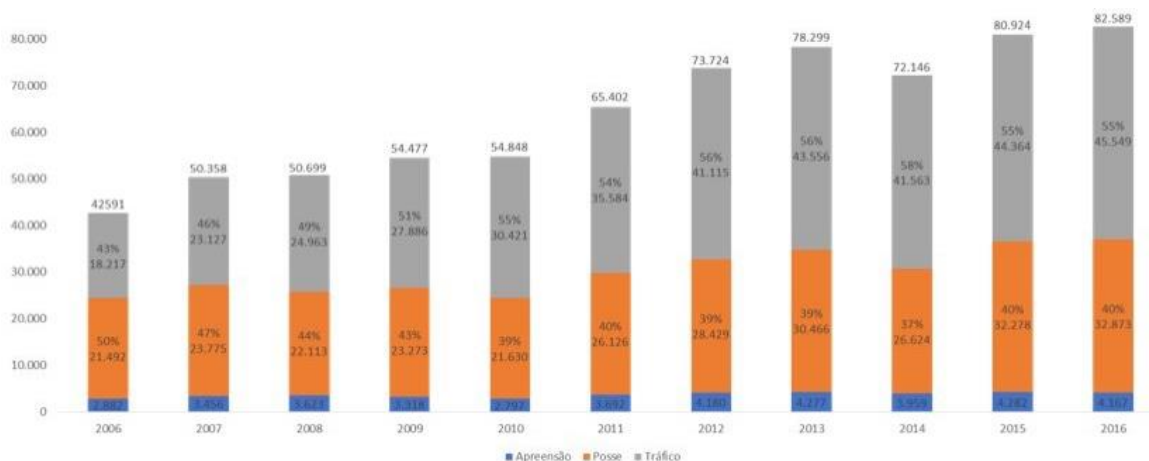


Fonte: Instituto de Segurança Pública – ISP / RJ

A análise abaixo produzida pelo mesmo relatório demonstra de maneira inconstante como os **casos de porte de drogas ocupam parcela importante das ocorrências no Estado do Rio de Janeiro, chegando a atingir em alguns anos 45% das ocorrências** (como é o caso de 2014).

Tendo em vista que dados similares também são disponibilizados pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, elaboramos o gráfico abaixo com organização semelhante para fins de comparação. As distribuições não são muito distintas. No estado de São Paulo é possível verificar que em 2006 e 2007 **o volume de ocorrências de porte é superior às ocorrências de tráfico**, como pode ser observado.

Gráfico 9 – Boletins de Ocorrência de apreensões de drogas totais e por modalidade no Estado de São Paulo



Fonte: ⁸Coordenadoria de Análise e Planejamento da Secretaria de Estado da Segurança Pública de São Paulo (CAP/SSP). Elaboração do gráfico (Instituto Sou da Paz).

Em termos de volume de ocorrências, o estado paulista também observou um aumento, ainda que não na mesma proporção do estado fluminense.

Para cada uma dessas ocorrências, é imperioso lembrar que a ação se inicia em geral com uma prisão ou apreensão da polícia, geralmente militar, que encaminhará o suspeito e a droga encontrada para uma delegacia de polícia. Aguardará a lavratura da ocorrência (em muitos casos por horas), antes de ser liberado.

O trabalho da Polícia Civil na elaboração de inquérito referente ao caso segue a partir dali. Há providências a serem tomadas ainda no âmbito policial, como a necessidade de transferir a droga para a produção de um laudo que constate a substância ilícita e aponte a quantidade apreendida.

⁸ Dados consultados em 26/06/2017 no site: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>

Paralelamente inicia-se também a movimentação da estrutura da Justiça Criminal. Provação do Judiciário, Ministério Público, Defensorias (se ausente advogado particular).

Transferências do suspeito para carceragens provisórias, apresentação em audiência de custódia, etc.

Infelizmente não há estudos que avaliem o custo dessa tramitação para o sistema e para o cidadão, tanto em termos de recursos quanto de serviços que deixaram de ser prestados por conta da ocupação do efetivo policial com as ocorrências.

Enquanto todo porte de drogas configurar crime, variando apenas sua tipificação com base no alegado dolo específico do portador, a construção de políticas de segurança pública incidirá desproporcionalmente sobre as pessoas com pequenas quantidades de entorpecentes.

III. SISTEMA PRISIONAL

O último levantamento disponível sobre a realidade prisional foi liderado pelo Conselho Nacional de Justiça⁹. Segundo este levantamento, o Brasil possui 654.372 mil presos, sendo 34% destes enquadrados no perfil de presos provisórios.

Os crimes de tráfico de drogas representam a maior parcela de presos provisórios, com 29% do total. (Gráfico 10, p.12). Entre as mulheres presas, 68% respondem por crimes relacionados à lei de drogas (INFOPEN, dez 2014, p. 41).

Como apontado no levantamento do CNJ, os **suspeitos do crime de tráfico, geralmente detidos em flagrante portando pequena quantidade de entorpecentes,**

⁹ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>

são mais sujeitos a prisão provisória do que outros presos. Pesquisa¹⁰ realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes (CESEC), analisando 1.330 casos de pessoas presas em 2013 na cidade do Rio de Janeiro aponta que:

- 72,5 % dos réus permaneceu em prisão até o julgamento;
- Após o julgamento apenas 45% foi condenado a pena privativa de liberdade, nestes a pena média aplicada foi de 6 anos
- O tempo médio de duração do processo foi identificado em 214 dias, sendo que de acordo com o Código de Processo Penal deveria ser de apenas 2 meses.
- A estimativa de custo mensal de cada um destes presos foi de R\$ 1.707 reais¹¹.
- Cerca de 20% das pessoas detidas durante o processo foram absolvidas e ao menos 7% tiveram a acusação convertida em porte para consumo;

Por fim, um outro foco da pesquisa consistiu na análise de um subconjunto de processos, 242 situações jurídicas extraídas das 1330 coletadas. São casos que fornecem condições para um melhor detalhamento e maior aprofundamento do tema. Os dados colhidos apontaram que 80,6% dos processos analisados eram de réus primários; 84,7% deles foram presos em via pública; 72,7% estava sozinho; 92,5% não portava arma de fogo; 85,5% não portava outros objetos além da droga e 55,8% portava dinheiro. E mais, 2/3 dessas pessoas que foram presas em flagrante portavam pequenas quantidades de droga (até 50 gramas), além de que metade dos réus foi detida com uma única substância.

¹⁰ Pesquisa: Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: prisão provisória e direito de defesa”). Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2015/10/Boletim-Trafico-de-drogas-epresos-provis%C3%B3rios.pdf>

¹¹ Disponível em “Prisão Provisória, Danos Permanentes”: <http://danospermanentes.org/sobre.html>

Guilherme de Souza Nucci, magistrado e professor de direito penal, aponta os chamados “pontos cegos” da Lei 11.343/06 como razão para essa distorção que se materializa na jurisprudência que acolhe a presunção de tráfico:

“É preciso operacionalizar uma mudança radical nos chamados **pontos-cegos da legislação antidrogas**. Não se pode mais aguardar que a situação política do Brasil melhore e/ou a sua economia entre nos trilhos, pois os danos gerados pela **quantidade enorme de pessoas provisoriamente presas**, em face do **número gigantesco de processos em andamento** e por **condenações inadequadas para a realidade**, levarão a um irrecuperável estrago na estrutura jurídico- penal.

[...]

“O primeiro fator a ser levado em conta diz respeito à **diferença entre traficante e usuário**, algo que a lei atual tangencia, deixando o critério diversificador em mãos dos operadores do direito. [...] Outro fator curioso, para não dizer desastroso, é a **abissal diferença de visões entre magistrados**: para uns, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilícito de drogas; para outros, por óbvio, é consumo pessoal; para terceiros, cuida-se de insignificância, logo, atípico. Não é preciso registrar que a primeira ideia é a franca vencedora na avaliação judicial. Tarda, há muito, a mão do legislador para corrigir esse distúrbio interpretativo, que provoca, sim, consequências drásticas. Há que se tomar duas medidas urgentes:

“a) inverter o elemento subjetivo do tipo específico, retirando-o do artigo 28 para inserir outro no art. 33. Em outros termos, o crime previsto no artigo 33 deve conter uma finalidade especial: para o fim de comercializar, negociar, transmitir a terceiros, mesmo sem fim lucrativo imediato. Afinal, traficante não vive de caridade; as drogas são dadas a certas pessoas, num primeiro instante, para viciá-las; depois, tudo é cobrado. Traficante de drogas é pessoa abastada economicamente,

podendo adquirir imóveis, móveis e, principalmente, armas pesadas.

“Do outro lado, está o consumidor, que deveria simplesmente ser assim considerado, quando o Estado-acusação não conseguir demonstrar a finalidade do transporte de droga para transferência a terceiros.

“Nesse prisma, quem carrega consigo 2 gramas é, em primeiro plano, consumidor; somente se essa presunção se desfizer (presunção relativa), pode-se acusá-lo de tráfico. Há quem diga não existir essa inversão do ônus da prova. Sugiro a quem assim pense uma consulta na jurisprudência nacional – o que já fizemos – encontrando vários julgados com expressa menção à referida inversão, pois o elemento subjetivo específico concentra-se no artigo 28 – e não no artigo 33 – demonstrado na expressão para consumo pessoal;

“b) por mais que, num primeiro momento, pareça uma reforma para engessar a atividade judicial, antes assim do que vislumbrar as imensas diferenças de critérios capazes de apontar o tráfico de drogas, para uns juízes e consumo para outros. É fundamental que o Legislativo estabeleça uma quantidade para o porte de cada espécie de drogas, a fim de que se possa presumir (presunção relativa) o caráter de consumidor de quem a carrega consigo. Outros países assim fizeram, variando de 20g de maconha até 200g da mesma droga. Nada impede que o portador de 20g seja um traficante, travestido de usuário, motivo pelo qual, desmascarado pelas provas efetivamente produzidas nos autos – e não pelo achismo de qualquer operador do direito – assim será condenado.¹²”

Em que pese o respeito tributado ao ilustre magistrado e professor, é o caso de indagar: pontos cegos da lei ou cegueira hermenêutica deliberada?

¹² A droga da lei de drogas, <http://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>, acesso em 20.6.17).

No substancial voto já proferido pelo eminente relator, está dito que a interpretação do art. 33 da Lei nº 11.343/06 deve ser realizada em conformidade com a Constituição, na medida em que **o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal, cuja demonstração é ônus da acusação, *verbis*:**

A norma do art. 28 da Lei 11.343/2006 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, artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. [...] 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.**

Além deste aspecto essencial, relativo à presunção de tráfico, há dois outros que dele se desdobram: o valor probatório do depoimento policial e o protagonismo da quantidade de droga apreendida na tipificação do crime de tráfico de drogas, muito embora a mesma quantidade, para um juiz, seja evidência de finalidade mercantil, enquanto para outro juiz indique uso próprio.

Nesse sentido, Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva, em dissertação de mestrado apresentada na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo denominada “NÃO COMPRE, PLANTE? A tipificação penal das situações de

cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo”¹³, estudou 135 acórdãos da Corte estadual paulista, metade sob a égide da Lei nº 6.368/76, metade sob a vigência da Lei nº 11.343/06. O pesquisador referido intuía que após a entrada em vigor do art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06, que introduziu o chamado cultivo para uso próprio (“às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”), inexistente na Lei nº 6.368/76, haveria na jurisprudência uma inflexão no sentido de aumentar o número de casos envolvendo plantio de maconha tipificados como uso pessoal e não como tráfico. O resultado encontrado, no entanto, indica o oposto, com base em dois motivos principais: o relevo dado pelos juízes ao depoimento policial, em especial no que diz com a finalidade (a palavra do policial a respeito da finalidade do cultivo se revela uma espécie de rainha das provas) e a ignorância dos juízes a respeito da capacidade produtiva do cultivo no contexto de imprecisão da elementar “pequena quantidade”.

Nesse sentido, merece destaque recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual a interpretação do art. 33 em conformidade com a Constituição da República e com a regra do ônus da prova encartada na lei processual penal levou àquela Corte de Justiça a absolver a pessoa flagrada com drogas e condenada em primeiro grau com base na presunção de tráfico, embasada pelo depoimento policial:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TIPICIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Abordagem

13

[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16519/\(Versao%20Finalissima%20Deposito\)%20N%C3%A3o%20compre,%20plante%20-%20A%20tipifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20situa%C3%A7%C3%B5es%20de%20cultivo%20de%20canabis%20pelo%20TJSP%20\(revisto\).pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16519/(Versao%20Finalissima%20Deposito)%20N%C3%A3o%20compre,%20plante%20-%20A%20tipifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20situa%C3%A7%C3%B5es%20de%20cultivo%20de%20canabis%20pelo%20TJSP%20(revisto).pdf?sequence=1), acesso em 20.6.17.

em via pública. Apreensão de 81 pedras de crack (6g). Réu travesti, que fazia programa no local e alegou ter adquirido a droga com o dinheiro auferido dessa atividade, para consumir com outros dois “colegas”. Policial condutor que confirmou a presença de outras duas pessoas com características de usuárias com o réu. Ausência de valores em dinheiro. Demais elementos probatórios que confortam a versão defensiva (consumo compartilhado), gerando dúvida relevante sobre a hipótese acusatória. Tipicidade. Insuficiência probatória. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO.

Ademais, embora em um primeiro momento pareça expressiva a quantidade de droga (81 pedras de crack), o registro de ocorrência informa que a pesagem dessa substância somava apenas 6 gramas (fl. 15), montante pouco significativo e possivelmente consumível entre três pessoas. (...) Importa salientar que admitir como verdadeira a palavra do réu não conduz à descredibilização da palavra dos policiais, os quais não presenciaram quaisquer atos de traficância, e nesse sentido nada puderam afirmar senão conclusões pessoais construídas pela sua experiência profissional. No caso em análise, a versão do acusado vem respaldada por diversos elementos de prova auferidos do caderno processual, constituindo hipótese relevante que gera dúvida sobre a conduta denunciada. Assim, diante das circunstâncias do caso concreto, que revelam a possibilidade de consumo compartilhado (figura típica prevista no artigo 33, § 3º, da Lei 11.343/06), remanesce dúvida sobre a hipótese

acusatória denunciada, impondo-se a absolvição por insuficiência probatória. (TJRS, 3ª CCrim., Ap. nº 70064451495, v.u., j. 20.7.16).

O impacto do art. 28 no sistema carcerário é sentido ainda na aplicação da pena, na medida em que uma condenação por este crime gera reincidência, malgrado a ausência da pena de prisão infira não haver qualquer lesividade na conduta. Tal determinação impossibilita a substituição da pena ou mesmo a imposição de regime prisional mais brando. Neste sentido é o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA.

Revela-se adequada a incidência da agravante da reincidência em razão de condenação anterior por uso de droga, prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, pois a jurisprudência deste Tribunal Superior, acompanhando o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, entende que não houve abolição criminis com o advento da Lei n. 11.343/2006, mas mera "despenalização" da conduta de porte de drogas (precedentes). Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1519540/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016)

E mais, uma das medidas recentes mais eficazes na garantia da proporcionalidade do tratamento penal, qual seja a decretação de que o tráfico privilegiado não é crime hediondo¹⁴, é também limitada pela criminalização do art. 28 da Lei de Drogas. Como tal dispositivo gera reincidência, jurisprudência consistente dos tribunais

¹⁴ STF - HC 118.533

estaduais, referendada pelo Superior Tribunal de Justiça determina que a pessoa já condenada pelo porte para consumo não faz jus à minorante do art. 33, §4º:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE USO DE ENTORPECENTES. RÉU REINCIDENTE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ O JULGAMENTO DO TEMA PELO STF. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, embora tenha havido a despenalização do porte de drogas para consumo próprio com o advento da Lei n. 11.343/2006, **a conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 permanece criminalizada, razão pela qual a existência de condenação transitada em julgado por tal delito afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pela falta do preenchimento dos requisitos legais (réu não reincidente).** [...]

(AgRg no REsp 1608398/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

Os julgados e dados aqui dispostos permitem aferir que a manutenção da criminalização do porte de drogas para consumo vai muito além que a pena prevista para o delito. Na verdade, o resultado final de uma condenação por porte de drogas, quando combinada com processos posteriores, pode somar um aumento de meses, ou até anos, de encarceramento.

IV. Revisão da produção científica internacional recente

A comunidade científica internacional tem tido intensa produção a respeito da política de drogas corrente e buscado estudar de forma aprofundada o efeito das

substâncias sobre a saúde das pessoas relacionando com o custo social e econômico da política de controle de drogas.

Artigo publicado por Csete et. al. (2016)¹⁵ na revista *Lancet*, a segunda mais conceituada publicação científica sobre saúde e medicina, constatou:

Políticas destinadas a proibir ou suprimir fortemente as drogas apresentam um aparente paradoxo. Os formuladores de políticas dizem que elas são necessárias para preservar a saúde e segurança públicas. Ainda assim, elas fazem aumentar, direta ou indiretamente, a violência letal, doenças, discriminação, migração forçada, a injustiça e o enfraquecimento do direito das pessoas à saúde.

De forma semelhante, o *British Medical Journal*¹⁶, da Associação Britânica de Medicina, destacou em seu editorial, em 2016:

A ideologia de um "mundo sem drogas" encoraja uma prática de saúde orientada pela mesma ideologia. [As políticas de controle de drogas] impedem a realização de pesquisas sobre o uso medicinal da cannabis e de outras drogas proibidas, mesmo com evidências já provadas cientificamente de potencial benefício.

¹⁵ Csete, J., Kamarulzaman, A., Kazatchkine, M., Altice, F., Balicki, M., Buxton, J., ... Beyrer, C. (2016). Public Health and International Drug Policy: Report of the Johns Hopkins - *Lancet* Commission on Drug Policy and Health. *Lancet* (London, England), 387(10026), 1427-1480. [http://doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)00619-X](http://doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00619-X)

¹⁶ The war on drugs has failed: doctors should lead calls for drug policy reform. *BMJ* 2016; 355:i6067. Disponível em: <http://www.bmj.com/content/355/bmj.i6067>

Sobre os efeitos econômicos e sociais da política de controle de substâncias específicas, como a maconha, J Rehm e B Fisher escreveram na *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, em 2015¹⁷:

Na perspectiva de saúde pública, considerando os danos de um modo geral, a maconha apresenta baixos riscos quando comparada às outras substâncias. [...] sob o sistema de proibição, as leis e a justiça relacionadas à maconha resultam num extenso custo, altos níveis de encarceramento e de antecedentes criminais na população. Em muitos países, a maconha se constitui como foco primeiro do sistema de justiça, encarcerando desproporcionalmente indivíduos marginalizados.

CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, a literatura científica, os dados estatísticos e pesquisas, recomendam que a Suprema Corte brasileira dê esse importante passo, reconhecendo a ilegitimidade da intervenção penal no que diz com a incriminação da posse de drogas para uso pessoal.

Timbre-se que o Brasil se encontra hoje entre as nações mais atrasadas em matéria de controle de drogas, por ainda tipificar como crime a posse de drogas para consumo próprio. Há em curso um giro radical no modo como o estado vem tratando a questão das drogas, como demonstra a experiência uruguaia ou estadunidense. Mesmo no âmbito das instâncias multilaterais, a fratura no consenso proibicionista é visível, havendo urgentes chamados para a adoção de novas abordagens, como foi o caso da UNGASS 2016.

¹⁷ Rehm J, Fischer B. [Cannabis legalization with strict regulation, the overall superior policy option for public health](#). Clin Pharmacol Ther. 2015 Jun;97(6):541-4. doi: 10.1002/cpt.93. Epub 2015 May 2.

Mais recentemente, em comunicado oficial publicado no dia 27 de junho de 2017, a Organização Mundial de Saúde e a Organização das Nações Unidas pediram que os Estados adotem políticas de combate à discriminação nos serviços de saúde¹⁸. Entre as recomendações, as organizações pedem que sejam revistas e revogadas as leis penais que provaram ter resultados negativos para a saúde e que contrariam evidências comprovadas em saúde pública, entre elas as leis que criminalizam o consumo de drogas e o porte de drogas para uso pessoal.

Por todo o exposto e contando ainda com os doutos subsídios que Vossas Excelências certamente trarão à colação quando da retomada do julgamento, pugnam os subscritores - a Recorrente e os *amici curiae* abaixo apontados - pelo provimento do recurso extraordinário em tela, de modo a extirpar do ordenamento jurídico a antijurídica incriminação da posse de drogas para uso pessoal, com a respectiva declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

¹⁸ Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2017/discrimination-in-health-care/en/>



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO



PLATAFORMA BRASILEIRA
DE POLÍTICA DE DROGAS



INSTITUTO
SOU DA PAZ



PASTORAL
CARCARÉRIA
"Estive preso e vieste me visitar"



ABGLT.

