



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR  
DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP  
(Min. GILMAR MENDES)

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no C.N.P.J. sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade nº 65, 11º andar, cj. 1101, neste ato representado pela Presidente e Vice-presidente de sua Diretoria, pelo Presidente do Conselho Deliberativo e por associado (docs. 1/2), todos advogados inscritos na OAB/SP, vem requerer sua admissão no presente recurso extraordinário como *amicus curiae*, expondo desde logo as razões pelas quais entende que deve ser julgado inconstitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, o que levará ao provimento do recurso extraordinário em epígrafe.

**Instituto de Defesa do Direito de Defesa**  
Avenida Liberdade, 65 - cj. 1101 - Cep 01503-000 - Centro - São Paulo  
Fone/Fax: (11) 3107-1399

## **I – RECURSO EXTRAORDINÁRIO, REPERCUSSÃO GERAL, O IDDD E SUA ADMISSÃO COMO *AMICUS CURIAE***

O Plenário Virtual dessa C. Corte Constitucional reconheceu a existência de repercussão geral<sup>1</sup> em debate que pode assim ser resumido: o preceito constitucional previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, e o princípio da lesividade (des)autorizam o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o porte de drogas para consumo pessoal?

O IDDD se apresenta ao E. Supremo Tribunal Federal, requerendo sua admissão como *amicus curiae* visando a contribuir para o debate da questão em julgamento, uma vez que versa o feito, de um lado, sobre garantia individual limitadora do legislador penal, e de outro, sobre lei penal que se afirma violadora da Constituição e de princípio penal fundamental, debate que se identifica com as finalidades sociais do Instituto (cabeça do art. 3º e alínea *a* do Estatuto Social, doc. 1).

Principie-se demonstrando a possibilidade jurídica de atuação de *amicus curiae* em sede de recurso extraordinário. Como se sabe, a figura do “amigo da Corte” ganhou contorno entre nós pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; também encontrou espaço no § 2º, do art. 6º da Lei nº 9.882/1999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de propiciar maior participação da sociedade na definição, em controle concentrado, do alcance das normas constitucionais ditado pelo Supremo Tribunal. Nesse sentido:

---

<sup>1</sup>. RE 635.659 RG, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 9.12.2011.

“A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo do controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”.<sup>2</sup>

V. Ex.<sup>a</sup>, auscultando a alma do instituto, destacou certa feita:

“(…) A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

“Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados. (…)

---

<sup>2</sup>. ADI 2.130, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 21.12.2000.

“Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos), no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades. (...)”

“Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

“Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às ‘intervenções de eventuais interessados’, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

“Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos ‘amigos da Corte’. Essa inovação institucional, além de

contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.”

Para concluir, lançou:

“Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.”<sup>3</sup>

Ocorre que a admissibilidade de “amigo da Corte” não se restringe a feito em que se pleiteia controle concentrado de constitucionalidade, sendo absolutamente possível em recurso extraordinário, especialmente depois da inovação trazida pela exigência de repercussão geral da questão constitucional debatida em sede recursal, o que dessubjetivou o apelo extremo. É o que se passa a demonstrar.

Até há bem pouco tempo, era suficiente à doutrina processual apontar que a decisão proferida em processo limitar-se-ia a produzir efeitos sobre direitos daquele que atuou no feito diretamente ou como interveniente. O processo seria, então, instrumento de solução de controvérsias entre partes, de índole subjetiva, portanto.

Pelo reconhecimento, de um lado, da existência de direitos coletivos e/ou difusos (e, assim, extrapolantes de interesses individuais); de outro, pelo aprimoramento do instrumento de controle concentrado da constitucionalidade das normas, a

evolução da ordem jurídica trouxe à baila novas classes de ações e recursos que, sem descurar dos interesses individuais em jogo, atuam na busca de soluções gerais pela afetação de um sem número de pessoas e situações; noutras palavras: atingindo pelos debates travados a própria objetividade do ordenamento, promovem a mencionada dessubjetivação do sistema processual.

Com os olhos no funcionamento da Corte Constitucional, pode-se dizer que o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade viceja, as súmulas vinculantes têm viva efetividade e, mesmo em feitos nascidos para solver conflitos individuais que chegam a esse Supremo Tribunal por via extraordinária, conferem-se-lhes traços gerais que, além de solver o litígio, servem de orientação à sociedade e, principalmente, aos operadores do Direito. Essa tendência à dessubjetivização, que se verifica mesmo em sede recursal, empresta legitimidade para a atuação de terceiros em processos que, antes, seria reservada às partes.

No que concerne ao recurso extraordinário, antes da reforma constitucional instituidora da repercussão geral, a Lei nº 10.259/2001 autorizava, no âmbito de Juizados Especiais Federais, a participação de “interessados”, ainda que não fossem “partes no processo” (cf. art. 14, *caput* e § 7º, c.c. art. 15), reconhecendo que as decisões proferidas em sede de apelo extremo poderiam extrapolar os interesses dos sujeitos processuais.

Não seria razoável que a franquia à atuação de terceiros ficasse restrita aos recursos extraordinários manejados em feitos que tramitavam perante Juizados Especiais Federais, devendo-se por isonomia estendê-la a apelos extremos interpostos fora daquela competência específica.

---

<sup>3</sup>. Decisão proferida na ADI 2.548, em 18.10.2005.

Portanto, embora existisse previsão legal para a admissão de interessado apenas em recurso extraordinário interposto contra decisão proferida por Colégio Recursal Federal, a interpretação sistemática impunha, ainda nos idos de 2001, a extensão da legitimação a todos os recursos interpostos com fundamento no art. 102, III, da CF, abrاندando a subjetividade tradicionalmente chancelada à via recursal, para adotar, inclusive pela admissão de “amigos da Corte”, maior objetivação dos debates constitucionais travados.

Reforçando o pendor do sistema pela dessubjetivização dos temas tratados em recurso extraordinário, o instituto da repercussão geral foi inserido na ordem jurídica pela Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 e, em 2010, esmiuçada pela emenda regimental/STF nº 42.

Clarificou-se, assim, a idéia de que o recurso extraordinário mantém caráter transcendente dos interesses das partes, a ponto de, nos termos do § 5º do art. 543-A do Código de Processo Civil, ser o juízo negativo de repercussão geral proferido num caso concreto obstativo do *iter* recursal de outros feitos que versem sobre o mesmo tema constitucional.

Nesse contexto normativo, V. Ex.<sup>a</sup>, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ensinam, referindo-se à repercussão geral, que “a adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário”<sup>4</sup>. Ainda nas palavras de V. Ex.<sup>a</sup>, agora em obra lançada mais recentemente:

---

<sup>4</sup>. Em *Curso de Direito Constitucional*, de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, 3ª ed. (2008), Saraiva, pp. 962/963.

“No contexto das mudanças, não há como deixar de destacar a função decisiva do instituto da repercussão geral, para a racionalização das competências constitucionais da [Suprema] Corte. Esse novo modelo processual-constitucional traduz, sem dúvida, avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Pode-se falar, mesmo, em processo de objetivação do recurso extraordinário.”<sup>5</sup>

Com a objetivação dos temas decididos em recurso extraordinário, admitir-se a atuação de “amigos da Corte” significa outorgar maior legitimidade à interpretação constitucional que sairá dessa Suprema Corte, conferindo, para recuperar o pensar de V. Ex.<sup>a</sup> lançado em voto aqui já referido, “ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito”<sup>6</sup>. V. Ex.<sup>a</sup> leciona:

“Participação de *amici curiae* em recurso extraordinário – RE-QO 415.545

“Tal como observado, não se pode esquecer, também, da tendência da Corte à abertura do processo constitucional à participação dos *amici curiae*, admitidos especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face do notório

<sup>5</sup>. Em *Estado de Direito e jurisdição constitucional* – GILMAR MENDES – 2002-2010, Saraiva (2011), p. 114.

<sup>6</sup>. Cf. ADI 2.548, em 18.10.2005.

contributo que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa.”<sup>7</sup>

É nesse contexto que essa Suprema Corte tem reiteradamente admitido a habilitação de *amicus curiae* em sede de recurso extraordinário.<sup>8</sup>

Certa, portanto, a possibilidade jurídica da habilitação de *amicus* em recurso extraordinário, resta tratar do cabimento do pedido que ora se formula. O Requerente é organização não governamental que tem como objetivo institucional a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 1); para a consecução da citada finalidade social, envida esforços no sentido de, por si ou por terceiros, “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição Federal, tais como a presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal” (art. 3º, letra *a*, doc. 1).

Ao longo de mais de dez anos de existência, o IDDD tem se notabilizado pelo cumprimento de seu escopo institucional, qual seja, a plena defesa da efetiva atuação do Direito de Defesa, também no aspecto que concerne à defesa dos pressupostos garantistas do Direito Penal, que sempre se há de ancorar na Constituição da República, atento ao respeito às garantias fundamentais e ao princípio da lesividade, pontos que tocam diretamente no tema tratado no presente recurso extraordinário,

---

<sup>7</sup>. Cf. em *Estado de Direito e jurisdição constitucional* cit., p. 118.

<sup>8</sup>. Cf. QO no RE 415.454-4-SC, Pleno, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 8.2.2007. Nesse sentido, cf. as seguintes decisões monocráticas: RE 641320-RS, Min. GILMAR MENDES, em 12.12.2011; RE 563.708-MS, Min. CARMÉN LÚCIA, em 1º.12.2008; RE 591.797-SP, Min. DIAS TOFFOLI, em 26.8.2010, 22.3.2011 e 1º.6.2011; RE 593849-MG, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 20.9.2011; e, dentre outros, RE 547.245-SC, Min. EROS GRAU, j. em 19.11.2008.

legitimando a chegada do Requerente ao debate travado nestes autos para atuar como “amigo da Corte”.

Releva informar, a demonstrar a pertinência entre os temas tratados nos autos e a atuação do Requerente, que o IDDD integra a Subcomissão Especial de Crimes e Penas da Câmara dos Deputados, participando como representante da sociedade civil dos trabalhos também no que se refere à legislação penal sobre drogas (doc. 3).

Vale ainda dizer, tendo em vista os requisitos estatuídos no § 2º, do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, para a habilitação de *amicus*, que, diante do disposto no § 2º, do art. 543-A do Código de Processo Civil, a relevância da matéria tratada nos autos se presume, já que reconhecida por essa Corte a repercussão geral do debate constitucional aqui travado.

De outro lado, para comprovar a *adequacy of representation*, o Postulante apresenta diversos documentos demonstrativos do reconhecimento da sociedade brasileira às ações do Instituto (docs. 4/11), dentre eles a láurea recebida pelo IDDD na edição VII do *Prêmio Innovare* pela “realização de convênios com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo para efetivação do direito de defesa”.<sup>9</sup>

Ainda a demonstrar a representatividade do Requerente, insta lembrar que essa C. Corte já admitiu o IDDD como *amicus curiae* na ADI 3.154<sup>10</sup> e, por decisão de V. Ex.<sup>a</sup>, no RE 641.320-RS<sup>11</sup>, não sendo demais destacar as referências formuladas à

---

<sup>9</sup>. Cf. em <http://www.premioinnovare.com.br/ultimas/conheca-os-vencedores-da-vii-edicao-do-premio-innovare/> - acesso em 1º.3.2012.

<sup>10</sup>. Rel. Min. MENEZES DIREITO, decisão de 24.11.2005.

<sup>11</sup>. Decisão de 12.12.2011.

atuação do Instituto nos julgamentos da Proposta de Súmula Vinculante nº 1<sup>12</sup> e do HC 85.969<sup>13</sup>. Recentemente, às vésperas do julgamento da ADI 4163, o eminente Min. CEZAR PELUZO, conquanto rejeitando a admissão do Instituto por questão de tempestividade<sup>14</sup>, ressaltou estar “demonstrada a capacidade [do Requerente] de contribuir para o debate da matéria”<sup>15</sup>.

Finalmente, no que se refere ao momento em que o presente pedido é formulado – depois de afirmada a repercussão geral, mas antes que o feito se veja incluído em pauta para julgamento – o Peticionário entende que não há como considerá-lo intempestivo, uma vez que essa Corte assentou, em entendimento do qual o requerente respeitosamente discorda, que “o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.”<sup>16</sup>

Estão satisfeitos, portanto, os requisitos para a admissão do IDDD como *amicus curiae*, franqueando-se sua atuação nos atos do processo posteriores a seu ingresso, inclusive nas defesas orais das razões que serão logo mais expostas.

## II – INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Para gizar os limites deste *amicus brief*, eis os termos do acórdão que reconheceu a repercussão geral do debate travado nos autos:

---

<sup>12</sup>. Pleno, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 2.2.2009, cf. voto Min. MARCO AURÉLIO, p. 37.

<sup>13</sup>. 1ª Turma, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 4.9.2007, cf. p. 384.

<sup>14</sup>. Em entendimento que, *data maxima venia*, o requerente considera equivocado.

<sup>15</sup>. Em 24.2.2012.

“Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal. (...)”

“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. (...)”

“No caso, 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. (...)”

“Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.”<sup>17</sup>

Não se discutirá aqui a liberação do uso de substâncias entorpecentes hoje proibidas. Tal debate, salvo melhor juízo, tem foro adequado diverso, o da Casa de Leis, onde melhor se perscrutam os anseios morais e políticos da sociedade brasileira. A presente manifestação buscará tão-só o acolhimento da tese de que o art. 28 da Lei de Tóxicos ataca a Carta Constitucional, posto que o porte para consumo próprio de

---

<sup>16</sup>. ADI 4071 AgR, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 22.4.2009.

<sup>17</sup>. RE 635.659 RG, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 9.12.2011.

drogas ilícitas não pode ganhar tipicidade penal sem violar o art. 5º, X, da CR, constituindo, também, aberta violação ao princípio da lesividade penal.

Parte, contudo, o peticionário, da certeza de que *descriminalizar* não é sinônimo de *legitimar*. De modo algum. Há condutas que podem ser proibidas e sancionadas administrativamente, sem que constituam delito e essa afirmação é fundamental para que se compreenda a posição do IDDD e os limites de sua manifestação: Não se está pleiteando a liberação total do porte de drogas para uso próprio, apenas atacando a constitucionalidade de sua criminalização.

Feito o intróito, tome-se o dispositivo constitucional violado. O inciso X do art. 5º da Constituição, dispõe:

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Na feliz assertiva de PAULO JOSÉ DA COSTA JR., a Constituição confere ao “cidadão o direito de impedir que intrusos venham intrometer-se na sua esfera particular”<sup>18</sup>, em sua vida privada, considerada, agora na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “como conjunto de modo de ser e viver, o direito de o indivíduo viver sua própria vida”<sup>19</sup>.

Na Itália, confere-se à garantia a designação de *diritto alla riservatezza della vita privata*; já a Suprema Corte dos Estados Unidos firma o *right to be alone*

<sup>18</sup>. Em *O Direito de estar só – tutela penal da intimidade*, 2ª ed. (1995), RT, p. 32.

<sup>19</sup>. Em *Curso de Direito Constitucional positivo*, 6ª ed. (1990), RT, p. 185.

como “o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada”<sup>20</sup>.

Na lição de V. Ex.<sup>a</sup>, de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a garantia fundamental inscrita no inciso X do art. 5º da Carta, pode ser definida como

“a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação de outras pessoas”<sup>21</sup>.

A garantia individual de viver a própria vida, o direito de estar só, já foi tratado diversas vezes por essa Suprema Corte. Do julgamento da ADI 132-RJ<sup>22</sup>, em que se debateu a validade jurídica da união civil entre pessoas do mesmo sexo – tema que, como se dá na discussão travada sobre drogas, costuma ser cercado de preconceito – extraem-se lições para ilustrar a presente manifestação. Principie-se por trecho tirado do voto da Min. CÁRMEN LÚCIA:

“A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na seqüência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida (...).”

O Min. LUIZ FUX lembra o imperativo categórico qualificador da autonomia da vida privada, que funda e integra a dignidade da pessoa humana:

---

<sup>20</sup>. Cf., nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA, em *Curso de Direito Constitucional positivo* cit., p. 184.

<sup>21</sup>. Em *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 379.

<sup>22</sup>. Em 5.5.2011.

“Essa ordem de idéias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva Kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no Exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.

“Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca de suas realizações de vida pessoal. (...).”

O Min. MARCO AURÉLIO assentou:

“(...) Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

“Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. (...).”

Nas palavras de DENIS LERRER ROSENFELD:

“O índice de liberdade de uma sociedade se mede pela autonomia concedida aos seus cidadãos para decidirem por si mesmos o seu próprio destino. Isso diz respeito aos mais variados domínios, desde a escolha aparentemente anódina de um jornal ou canal de TV até o livre exercício de seu gosto, passando pelas mais diferentes áreas, como saúde, religião e, em geral, a forma de vida de cada um.

“Espaços de liberdade não são dados, mas diariamente conquistados. Conquistados contra usurpações, sufocamentos, sobretudo quando o Estado intervém em nome de um bem supostamente maior, como uma ‘informação mais democrática’ ou a saúde dos indivíduos. É como se os indivíduos não fossem capazes de exercer a liberdade de escolha, necessitando de um poder tutelar.”<sup>23</sup>

Retomem-se, para avançar um pouco mais, as palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: a) ao *segredo da vida privada*; e b) à *liberdade da vida privada*. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.”<sup>24</sup>

<sup>23</sup>. Cf. em Liberdade às avessas, pub. n’*O Estado de S.Paulo*, em 12.3.2012, p. A2.

<sup>24</sup>. Em *Curso de Direito Constitucional positivo* cit., p. 185.

Para alcançar o significado da liberdade que é condição para a expansão da personalidade, o Peticionário recorre a TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“A liberdade, enquanto direito fundamental, é a formulação positiva do direito à igualdade (direito de não ser discriminado) e, em consequência, o correlato do dever de todos de omitir ingerências e impedimentos, garantindo-se, desse modo, o poder de cada um de participar dos processos de decisão social e de julgar, por si mesmo, o sentido de sua própria dignidade. Liberdade, assim, é direito que dá ao ser humano o espaço da cidadania, que não se vê absorvida pela sociabilidade inerente à sua condição. Afirma-se, então, a capacidade do ser humano de reger o próprio destino, expressando a sua singularidade como indivíduo, igual entre iguais: o homem como ser distinto e singular entre iguais.

“Liberdade, nesses termos, opõe-se à tutela estatal. Ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições desse exercício, mas jamais substituir o ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação. (...)

“Portanto, a liberdade constitucionalmente assegurada implica a existência de uma *permissão forte*, que não resulta da mera ausência de proibição, mas que confere, ostensivamente, para cada indivíduo, a possibilidade de escolher seu próprio curso, ainda que venha a sofrer consequências prejudiciais de seus atos (ver von Wright, 1970, p. 100 e ss.). O reconhecimento de uma permissão

forte ao exercício de uma vontade livre e autônoma traz uma consequência importante: do ponto de vista sistemático, dada a hierarquia constitucional, uma verdadeira derrogação prévia de normas de hierarquia inferior que tendam a ensejar seu impedimento (...).”<sup>25</sup>

Em síntese inspirada nas lições de JOSÉ AFONSO e de TÉRCIO FERRAZ JR., bem como nos conceitos saídos dessa Suprema Corte, poder-se-ia dizer que, diante do disposto no inciso X do art. 5º da CR, a liberdade do indivíduo, senhor único de sua consciência, de suas escolhas e ações, é absoluta desde que exercitada no âmbito privado a terceiros não perturbe; por seu turno, estabelecida a amplitude da garantia que confere ao homem seu espaço de cidadania, Estado e concidadãos têm o dever de omitir ingerências de quaisquer tipos na vida privada do titular do direito.

A garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada impõe limite ao Direito Penal, já que se trata do ramo do Direito que, nas palavras de V. Ex.<sup>a</sup>,

“é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos”<sup>26</sup>.

Nasce dessa limitação cogente a parêmia *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenallis, sine iniuria*, que se fundamenta, segundo LUIGI FERRAJOLI, no mais qualificado pensar iluminista, inspirado em fontes clássicas do saber:

---

<sup>25</sup>. Em *Direito Constitucional – liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*, Manole (2007), pp. 195/196.

<sup>26</sup>. Em *Estado de Direito e jurisdição constitucional...* cit., p. 170.

“Trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epicuro, e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que vêem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas.”<sup>27</sup>

O dano (realizado ou concretamente potencial) a terceiros é condição para a atuação do Direito Penal. Sem que resultado danoso se verifique, é ilegítima a intervenção criminal estatal, idéia que encontra respaldo do próprio ordenamento jurídico que estabelece graduação dos delitos de acordo com seu potencial ofensivo (art. 98, I, da CR), além de prescrever que a existência de crime depende da ocorrência de resultado (cf. parte inicial do art. 13 do Código Penal).

Não resta dúvida: o que o cidadão faz em seu ambiente privado somente pode ser alcançado pelo Direito Penal se houver ataque a direitos de terceiros, pois, como alerta o Min. MARCO AURÉLIO,

“ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem (...).”<sup>28</sup>

Destaque-se que RICARDO LUIS LORENZETTI, Juiz da Corte Suprema Argentina, chega a afirmar que

---

<sup>27</sup>. Em *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*, RT (2002), p. 373, trecho traduzido por LUIZ FLÁVIO GOMES.

<sup>28</sup>. ADI 132-RJ, j. em 5.5.2011.

*“la conducta realizada em privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.”<sup>29</sup>*

À declaração ampla de licitude de atos havidos na privacidade o Peticionário não necessita chegar a aderir, mas a opinião exposta por LORENZETTI demonstra a relevância da idéia-força que ora se defende: condutas havidas na vida privada que não superam o espectro individual não podem ser tidas, nem mesmo em tese, como criminosas.

Tanto é esse o melhor entendimento, que nosso ordenamento jurídico não contempla os crimes de tentativa de suicídio ou de autolesão corporal, cujos projetos legislativos seriam prontamente rechaçados, ante inescandíveis inconstitucionalidades. Afinal, nas palavras de NORVAL MORRIS E GORDON J. HAWKIN,

*“pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente a pessoa ou a propriedade alheias.”<sup>30</sup>*

Exsurge cristalina a conclusão: É absolutamente inconstitucional, *ex vi* do disposto no art. 5º, X, da CR, a previsão de crime cuja conduta tipificada não extravase a vida privada do agente. O Estado, pelo braço armado do Direito Penal, deve ficar longe da intimidade e da vida privada do cidadão, abstendo-se de nela interferir, a menos que da conduta individual surja dano ou ameaça de dano a terceiro.

<sup>29</sup>. Cf. precedente “Arriola, Sebastián” – causa nº 9.080, registro A.891.XLIV, p. 31 (doc. 12).

<sup>30</sup>. O trecho, extraído da obra *The Honest Politician’s Guide to Crime Control* (Chicago, 1969, p. 2), encontra-se em parecer sobre Revista eletrônica de acesso restrito – imputação dos crimes previstos nos arts. 228 e 230 do CP, da lavra de RENÉ ARIEL DOTTI, pub. na RT nº 818, p. 456.

Hora de olhar para o crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio. Tome-se a letra do art. 28 da Lei nº 11.343/2006:

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

“I - advertência sobre os efeitos das drogas;

“II - prestação de serviços à comunidade;

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

“§ 1º. 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.”

O legislador, no mesmo art. 28, não se furtou de estabelecer balizas para a compreensão do conceito de “consumo pessoal”:

“§ 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.”

Note-se que, transbordando a(s) ação(ões) para terceiros, não há mais falar em “consumo pessoal”, o que significa que, para a conformação típica, presume-se o isolamento dos efeitos da conduta no próprio agente.

Noutras palavras: Todo o cenário vislumbrado na cabeça do art. 28 e em seu primeiro parágrafo, ambos da Lei de Drogas, pressupõe a não irradiação do fato para além da murada da vida privada, ambiente que, conforme se viu, está protegido pelo art. 5º, X, da CR, e, por isso, não pode ser objeto de criminalização.

Pondere-se que, sendo a plantação, a indústria e a posse para o uso estritamente pessoal da droga ilícita os limites da própria figura típica, a saúde do usuário será a única a sofrer o eventual abalo. A norma em debate foi estatuída em última instância para impedir que o cidadão, pela ingestão de substância tóxica proibida, cause prejuízo à sua saúde.

A Constituição confere ao indivíduo direito à saúde (cabeça do art. 6º), competindo ao Estado o dever de fornecer os meios para a realização do direito. Como se viu, o art. 28 da Lei de Drogas convola esse direito em obrigação e pune o cidadão por abrir mão do exercício desse direito, o que, por si, faz da criminalização solução teratológica. Afinal, sanção, na acepção de punição, deve ser consequência reservada a descumprimento de um dever, e o consumidor não descumpre dever nenhum ao drogar-se.

Ademais, já se disse que a introdução a fórceps (ou por ameaça de sanção criminal) ao indivíduo de valores sociais identificados com a maioria, é próprio de sociedades totalitárias. A manutenção de um homem livre de impurezas mundanas, assim consideradas por critérios identificados com a Moral dominante, com os bons costumes ou com a mais avançada Ciência, imposta como condição para a construção

de ambiente social melhor para a vida na comuna, poderia até ser considerada adequada em documentos legais saídos do *Reichstag* ou do *Politburo* nos Anos 30 do Século XX; sob a vigência do Estado de Direito, em sociedade pluralística e democrática como é a sociedade brasileira de 2012, a idéia é repugnante e absolutamente contrária ao ordenamento constitucional vigente.

É claro que o Requerente não ignora a inexistência de direitos absolutos. Mesmo as garantias fundamentais cedem, por vezes, espaço para a atuação de outras de igual hierarquia, acabando, assim, limitadas, excepcionadas. Nem mesmo o direito à vida é absoluto, eis que pode ser sacrificado em legítima defesa ou estado de necessidade (em tema de homicídio, não tendo o Brasil pena de morte ou carrascos nem lei alguma que mande alguém matar outrem, não se há falar em estrito cumprimento de dever legal).

A intimidade e a vida privada não são, definitivamente, direitos ilimitados; podem ser restringidas validamente, como de fato são quando se deparam com outros direitos fundamentais em situação de aparente confronto como, por exemplo, no caso da tensão “liberdade de imprensa *versus* intimidade”, em que, como já decidiu esse Supremo Tribunal, esta cede espaço àquela<sup>31</sup>. O que não se admite, como se sabe, é a existência de norma infraconstitucional que, por si só, diminua a eficácia de direito fundamental.

Interessa, então, verificar se há na Constituição bem jurídico que, protegido pelo teor do art. 28 da Lei nº 11.343, tenha dignidade suficiente para limitar o disposto no art. 5º, X, da CR. Para adentrar a esta pesquisa, vale lembrar que é comum encontrar na jurisprudência a idéia tão arraigada quanto equivocada de que “a razão

---

<sup>31</sup>. Cf., dentre outros exemplos, ADPF 130, rel. Min. CARLOS BRITTO, j. em 30.4.2009.

jurídica da punição da posse de substância tóxica proibida é o perigo social que decorre de tal conduta, colocando em risco a saúde pública (...)”<sup>32</sup>, sendo esta o bem jurídico que tradicionalmente se afirma tutelado pela norma penal em apreço.

Parta-se do princípio saudável ao aprimoramento das ciências todas de que as palavras fazem sentido. Dito isso, atente-se que a idéia de “público” não se confunde, antes se contrapõe a “individual” ou “privado”. Um se conceitua como a exclusão do outro: é público o que que não é individual ou privado; e vice-versa.

Pois bem. Já se viu que integra a figura típica do art. 28 da Lei de Drogas a exigência de que o porte se destine exclusivamente ao indivíduo, único a suportar as chagas do consumo; contraditoriamente se afirma que o bem juridicamente tutelado seria a saúde pública. Há, portanto, um divórcio absoluto entre o bem jurídico anunciado como digno de tutela, a saúde pública, e aquele que acaba efetivamente sendo atingido pelo tipo, a saúde do indivíduo.

Constatado o descompasso, tendo em vista que se está em sede penal que, por definição, ataca o direito à liberdade do indivíduo – e, por isso, há de ser utilizado *cun grano salis* –, o dispositivo em comento não resiste frente ao princípio da proporcionalidade. É nesse sentido a lição de MIGUEL REALE JR.:

“A intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mau causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena.

---

<sup>32</sup>. TACrimSP, rel. Juiz MACHADO ARAÚJO, Jutacrim 56/316, *apud* ALBERTO SILVA FRANCO E OUTROS, em *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, RT (1995), p. 749.

“O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar estes interesses relevantes.”<sup>33</sup>

Não se diga, ainda, que a ancoragem constitucional do dispositivo legal estaria nos valores constitucionais “segurança” ou “paz social”. É que, admitidos como bens aptos a amparar a criminalização, todas as leis penais estariam de antemão legitimadas, já que é de sua natureza a tutela da “segurança” e “paz social”. Nas palavras do Min. CEZAR PELUSO:

“Gostaria de advertir desde logo que o bem jurídico penal tutelado pelo crime descrito no art. 10 da Lei nº 9.437/97 não pode ser identificado com a paz social [e o mesmo vale para “segurança”], nos termos propostos pelo parecer do douto Subprocurador, sob pena de se esvaziar a própria categoria dogmática.

“A paz social é atingida toda vez que se comete um ilícito, e não só quando este seja de natureza criminal. E, por buscar o restabelecimento da ordem jurídica violada, conta o Direito com múltiplos instrumentos, dentre os quais a sanção penal, mas também, entre outros, a reparabilidade do dano extrapenal, medidas constritivas patrimoniais, sanções administrativas, etc. O que justificaria a opção do legislador, dentre outros instrumentos de resposta normativa, pela ameaça da sanção penal, precisamente

---

<sup>33</sup>. Em *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, Forense (2002), pp. 29/30.

aquela que de regra atinge um dos mais importantes direitos individuais fundamentais, que é a liberdade (art. 5º, caput, da Constituição da República), enquanto bem jurídico-penal alcançado pela sanção?

“A resposta é uma só: por exigência de proporcionalidade – afinal trata-se da mais grave das sanções do sistema jurídico –, somente os atentados mais conspícuos contra os bens, valores e interesses igualmente mais importantes ao juízo do mesmo sistema, ou o que hoje chamamos de bens jurídicos-penais.

“Foi por essa via, é bom lembrar, que se estruturou todo o arcabouço da moderna teoria do bem jurídico-penal, que, desde as origens, com Feuerbach, sempre teve por finalidade o abuso incriminador mediante estabelecimento de critérios, seguros e imanescentes ao sistema, aptos a instaurar e avaliar relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção penal e o objeto tutelado pela norma incriminadora.

“Não há como identificar a paz social [ou segurança] ao bem jurídico específico do delito de que se trata, assim porque ela subjaz ferida em todos os crimes – as incriminações pretendem, em última instância, como é óbvio, preservar ou restabelecer a paz social [o mesmo vale para a segurança] –, como porque doutro modo se aniquilaria a própria idéia dogmática do bem jurídico-penal, elaborada pelo esforço de doutrinadores, do porte de Feuerbach, Birnbaum, Binding, Von Liszt, Sax, Roxin, Polaino Navarrete, Bricola, Angioni e Ferrajoli, dentre outros, como relevante instrumento classificatório, sistemático, exegético, dogmático e crítico. Se fora

concebido, aliás, com tamanha vagueza e abstração, o bem jurídico seria incapaz de exercer qualquer dessas funções metodológicas (...).”<sup>34</sup>

Em matéria penal o avançar do nível de abstração do conceito de bem jurídico tutelado a ponto de legitimar o afastamento do art. 5º, n. X, da CR, com fundamento na tutela da “segurança” e/ou da “paz social”, levaria o controle de constitucionalidade baseado na proporcionalidade à ineficácia, anulando indevidamente o princípio.

Ora, nessas condições, da ponderação entre a (in)eficiência da atuação do tipo penal para produzir tutela à segurança/paz social e os custos da restrição de liberdade imposta pela lei penal, resulta evidente desequilíbrio. Ainda que fosse possível aos valores mencionados “apadrinharem” o art. 28 da Lei de Drogas, de modo a satisfazer a exigência de ancoragem constitucional na formulação de normas penais, o tipo não resistiria ao crivo da proporcionalidade.

E, para rematar o ponto, mais uma vez o Requerente socorre-se das palavras do Min. PELUSO:

“A proporcionalidade também deve comandar a relação entre o bem tutelado e o bem jurídico atingido pela pena (a liberdade individual), no que diz respeito ao *grau de antecipação da tutela*: lesão ou perigo. Lesão, entendida como destruição, perda, compressão ou diminuição de um

---

<sup>34</sup>. Trecho do voto do Min. CEZAR PELUSO no RHC 81.057-8, STF, 1ª T., rel. originária Min. ELLEN GRACIE, rel. para acórdão Min. SEPULVEDA PERTENCE, j. em 25.5.2004.

bem. E perigo, visto como a probabilidade de lesão do bem jurídico.

“A antecipação da tutela penal aos momentos antecedentes ao da lesão somente será justificada quando se puder estabelecer relação de proporcionalidade entre a aplicação da pena (lesão do direito à liberdade do condenado) e o perigo (probabilidade de lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal) causado pela conduta incriminada.

“E é nesta seara que se fala, então, em **princípio da ofensividade**, ou da **lesividade**, como critério, não só de política-criminal, mas (...) de interpretação do tipo penal (...).

“A ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico deve ser tal, que possa estar em justa proporção com a intensidade da pena, ou seja, com a natureza da lesão ao bem jurídico consistente na liberdade individual do condenado. E esse princípio – que é, como se vê, decorrência do princípio da proporcionalidade – constitui o critério que permite evitar aqui, parodiando *Moccia*, a adequação típica de ‘condutas por si só insignificantes sob o ponto de vista da danosidade social’, atendendo, assim, à ‘regra da ofensividade’”.<sup>35</sup>

Em resumo, para os fins do debate ora travado, tem-se em jogo, de um lado, a garantia fundamental inscrita no inciso X do art. 5º da CR; de outro, o art. 28 da Lei de Drogas atua solitário, sem amparo de nenhuma outra norma de calibre constitucional. Assim, cai por terra a pretensão do dispositivo legal em limitar validamente a garantia fundamental.

O Peticionário não desfilará aqui os números impressionantes que se extraem das pesquisas relacionadas à ineficiência da guerra que há décadas se trava contra as drogas. Alguns deles encontram-se no Relatório *Drogas e democracia: rumo a uma mudança de paradigma*, elaborado pela Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, presidida pelos ex-Presidentes FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, ERNESTO ZEDILLO (México) e CÉSAR GAVÍRIA (Colômbia), composta, dentre outros, por MARIO VARGAS LLOSA e pelo General ALBERTO CARDOSO, que se apresenta como doc. 13.

Não se pode deixar de destacar que sai do trabalho referido que, não obstante o aumento da repressão ao tráfico e ao porte de entorpecentes para próprio consumo – com a imposição de leis punitivas muitas vezes draconianas, dispêndio enorme de divisas, esforços policiais retumbantes e até operações militares a amparar a estrutura de confronto –, as drogas estão cada vez mais baratas e são mais e mais consumidas, embora se verifique um vertiginoso aumento na quantidade de pessoas encarceradas com fundamento na moderna “cruzada mundial”.

O “mercado do entorpecente” não obedece à lei da demanda e oferta, pois não existe, de fato, livre concorrência a regular-lhe os resultados. Os “empresários da droga” atuam em feudos, organizados e partilhados com o mínimo possível de disputa. A teoria rasa de que a repressão ao uso causa desconforto ao tráfico sucumbe à realidade do submundo. A repressão *manu militari* definitivamente não atingiu a finalidade esperada.

A “cruzada contra o entorpecente”, quando se põe lente de aumento no tratamento destinado aos usuários, não diminuiu o consumo, mas tem o efeito

---

<sup>35</sup>. Trecho do voto do Min. CEZAR PELUSO no RHC 81.057-8 cit., j. em 25.5.2004.

devastador de colocá-los nos bancos dos réus das Cortes, com toda a carga de estigmatização que o processo penal traz.

Os usuários acabam atingidos multiplamente: Vítimas de si mesmos e da droga (seja por opção pelo uso recreativo, seja pelos grilhões da dependência química), o sistema penal carimba-os com a pecha de frequentadores das delegacias de polícia, dos fóruns criminais e das cadeias. Ao fenômeno, como se sabe, dá-se o nome de revitimização e foi levado em consideração pela Corte Suprema argentina para assentar a inconstitucionalidade da *tenencia de estupefaciente*:

*“Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se há preocupado em evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). Em consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél um mayor protagonismo em el proceso (‘Santillán’ Fallos: 321:2021).*

*“No hay dudas que em muchos casos los consumidores de drogas, em especial cuando se transforman em adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca em una revictimización.”<sup>36</sup>*

---

<sup>36</sup>. Cf. precedente “Arriola, Sebastián” – causa nº 9080, registro A.891.XLIV, p. 15 (doc. 12).

Aproveite-se a oportunidade para seguir refletindo com a Corte portenha sobre outro argumento que costuma ser apontado como razão suficiente para a tipificação do porte de entorpecentes para uso próprio: o de que o usuário é um potencial delinqüente pelo efeito que a droga produz. Dizem, com absoluto acerto, os nossos vizinhos:

*“Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que ‘la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...’ (CIDH, Serie C n° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).*

*“Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re ‘Gramajo’ (Fallos: 329:3680) quién además agrego que ‘...en um Estado, que se proclama de derecho y tiene como premissa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el próprio Estado se arrogue la potestad – sobrehumana – de juzgar la existencia mesma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de que mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche*

*de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...* (ver, em sentido coincidente, ‘Maldonado’ Fallos: 328:4343).

*“Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de estos se transformem en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado solo em base a la peligrosidad.”<sup>37</sup>*

E o cerne da orientação inspiradora do Tribunal Supremo argentino está conforme àquela predominante nessa C. Corte Constitucional, no sentido de que não há espaço no ordenamento penal brasileiro para a chancela à periculosidade presumida.<sup>38</sup>

Ademais, a Constituição de 1988 determina ao Estado brasileiro que atue no sentido de integrar-se no cenário internacional, promovendo a cooperação entre os povos todos para o progresso da humanidade (art. 4º, n. IX).

São três as convenções das Nações Unidas que tratam da questão das drogas: a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas (1988). De seus regimes extrai-se que os países signatários, dentre eles o Brasil, comprometem-se a combater tenazmente o tráfico de drogas, inclusive com recurso ao Direito Penal. No que se refere ao tratamento do

<sup>37</sup>. Cf. precedente “Arriola, Sebastián” cit., pp. 19/20 (doc. 12).

<sup>38</sup>. Por exemplo, cf. HC 101.981, 1ª T., rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. em 17.8.2010; e HC 93.296, 2ª T., rel. Min. CEZAR PELUSO, j. em 20.4.2010.

usuário, contudo, não existe compromisso de impor ao indivíduo tratamento criminal (cf. pp. 17/18, doc. 13).

Atentos a esses vetores internacionais, diversos países têm desviado o Direito Penal do problema do consumo pessoal de entorpecentes. Nesse sentido, informa o *Relatório* referido:

“Em Portugal, Espanha e Itália, a posse de drogas para uso pessoal foi descriminalizada. (...) A política suíça se funda em ‘quatro pilares’: prevenção, terapia, redução dos riscos e repressão. Na Suíça, a posse de qualquer droga para uso pessoal é tratada como uma contravenção (submetida a sanções administrativas)<sup>39</sup>. (...) Na Holanda, a posse de pequenas quantidades de maconha e seu plantio em pequena escala para uso pessoal foram despenalizados, e sua venda e uso nos chamados coffeeshops – com licença oficial para uso e venda de maconha em pequenas quantidades – foram descriminalizados. (...) Em abril de 2001, Luxemburgo descriminalizou o uso e porte de maconha. (...). Na Bélgica, desde 2002, o uso de maconha foi descriminalizado (...). Na Alemanha, a posse de pequenas quantidades de qualquer tipo de droga foi despenalizada (a tolerância com relação ao peso é determinada pelos governos regionais). (...). Em maio de 2004, a Rússia apresentou uma nova lei que substitui a prisão de usuários por multas administrativas para a posse

---

<sup>39</sup> . Provavelmente tratar-se-ia do que em Portugal se chama “contraordenação” e não “contravenção” do Direito brasileiro.

de ‘até duas doses’ de qualquer droga para uso pessoal.  
(...).” (pp. 32/34, doc. 13).

Registre-se, para encerrar a exemplificação, a posição da Suprema Corte da Argentina, que, conforme já se destacou no presente *brief*, declarou

*“la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado um peligro concreto o um daño a derechos o bienes de terceros.”*<sup>40</sup>

FRANCESCO C. PALAZZO, mestre na academia florentina, aponta

“(...) pode-se dizer que da influência de princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.”<sup>41</sup>

<sup>40</sup>. Cf. precedente “Arriola, Sebastián” cit., p. 28 (doc. 12).

<sup>41</sup>. Em *Valores constitucionais e Direito Penal*, tradução de GÉRSO PEREIRA DOS SANTOS, Sergio Antonio Fabris Editor (1989), p. 87.

Argentina, Portugal, Espanha e Itália são alguns dos países que vivem, faz algum tempo, sem a existência de um tipo penal semelhante ao definido no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Não há notícia de especial desorganização, muito menos de que as estruturas das respectivas sociedades civis estejam ameaçadas. Na verdade, não há sequer informação de que o consumo de drogas tenha aumentado nem diminuído, o que demonstra que a intervenção penal no âmbito da *tenencia de estupefacientes* constitui, nas palavras de PALAZZO, opção ideológica que, por definição, deve ser afastada.

Finalmente, a inconstitucionalidade da tipificação penal do porte de drogas para consumo próprio é apontada há muito pela doutrina. Apenas para ilustrar, seguem algumas lições nesse sentido:

“(...) Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdade das pessoas, ele só pode intervir em casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica, se revelem *insuficientes e inadequados*. Quando assim não aconteça aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da *proibição de excesso*. (...) Com o o mesmo sucederá sempre que se demonstre a *inadequação* das sanções penais para prevenção de determinados ilícitos, nomeadamente sempre que a criminalização de certos comportamentos seja fator da prática de muitíssimas mais violações do que as que aquela se revela susceptível de evitar (o que se sucede sobretudo no domínio dos ‘crimes sem vítima’ como, v.g., o consumo de drogas ou de álcool, a prostituição, a pornografia etc.); caso em que fica

próxima a afirmação de que a prevenção e controle de tais comportamentos, quando se repute socialmente desejável, deve ser deixada por inteiro à intervenção de *meios não penais de controle social*. Neste sentido pode-se e deve-se afirmar, em definitivo, que a função precípua do direito penal – consequentemente também o conceito material de crime – reside na *tutela subsidiária (de ‘ultima ratio’) de bens jurídico-penais*.” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS)<sup>42</sup>

“Ressalta Ferrajoli ser ilegítima a incriminação do uso de entorpecente, pois além de não ofender nem a sociedade nem a quem quer que seja, não tem eficácia dissuasória, apenas provocando a marginalização do usuário. Os chamados ‘crimes sem vítimas’, como portar entorpecente para uso próprio ou a prostituição, esta em algumas legislações, não possuem dignidade penal e constituem abuso do poder de punir a sua incriminação.” (MIGUEL REALE JR.)<sup>43</sup>

“A simples posse de drogas tornadas ilícitas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que dizem respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza,

---

<sup>42</sup>. Em *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*, RT (1999), pp, 78/79.

<sup>43</sup>. Em *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, Forense (2002), p. 25.

ainda mais através da imposição de uma sanção, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão. (...)

“A imposição a consumidores de drogas tornadas ilícitas de penas explícitas ou disfarçadas em sanções administrativas ou em tratamentos médicos, revelando a concepção que os estigmatiza na alternativa de que ‘se é enfermo, não é livre; se é livre, é mau’, sempre estará a revelar uma desautorizada intervenção do Estado em suas vidas privadas.

“Condutas desta natureza dizem respeito tão somente às escolhas pessoais, ao campo em que a liberdade do indivíduo é absoluta, não podendo ser objeto de qualquer intervenção estatal em um Estado de direito democrático.”  
(MARIA LÚCIA KARAM)<sup>44</sup>

“Aliados aos argumentos decorrentes do princípio da lesividade, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CR) permitem a densificação da tese da inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76 [o mesmo vale para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006]. A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para o uso de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Todavia é

---

<sup>44</sup>. Em *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*, da série Escritos sobre a liberdade, vol. 3, Lumen Juris (2009), pp. 29 e 32/33.

nos princípios da tutela da intimidade e da vida privada que os argumentos ganham maior relevância.

“Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Nesse aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se interferir nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas aceções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim está garantido ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto), haveria intervenção penal legítima.” (SALO DE CARVALHO)<sup>45</sup>

“Ainda sobre o consumo de drogas, arremata [Emiliano Borja] Jiménez, penalista ibérico:

““O consumidor de qualquer das substâncias qualificadas como drogas tóxicas, estupefacientes ou psicotrópicas, está atuando uma faceta de sua liberdade com relação à disposição de sua saúde de forma autônoma, ainda quando esta sofra menoscabos pelo prazer do consumo de narcóticos’ (...)

“Assim, há que se considerar que o artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06), quando colocado à prova diante dos princípios da lesividade e da insignificância, corolários do fundamento da dignidade da pessoa humana, não subsiste, devendo o jurista, sobretudo aquele que decide, realizar o controle difuso de constitucionalidade, pois o mencionado tipo penal viola princípios extraídos do perfil constitucional adotado pela República Federativa do Brasil.

“Não se trata aqui de incentivo ao uso de drogas, mas de questionamento acerca da sua constitucionalidade enquanto conduta prevista na legislação penal, ante aos princípios ora invocados.

“Com efeito, o combate ao consumo de drogas, longe de demandar a atuação do Direito Penal sobre o usuário, requer a adoção de políticas públicas que efetivamente promovam o Estado Democrático de Direito, devendo prevalecer a prevenção, o tratamento e a inclusão social do usuário.” (RENATO FALONI DE ANDRADE)<sup>46</sup>

Demonstrada a violação ao art. 5º, n. X, da CR, bem como ao princípio da lesividade penal, o Requerente busca socorro na lição de V. Ex.<sup>a</sup> para amparar seu pedido de extirpação do art. 28 da Lei de Drogas do ordenamento jurídico:

“Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito da liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e Processual Penal devem

---

<sup>45</sup>. Em *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*, 3ª ed. (2006), Lumen Juris, pp. 217/218.

revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotadas de menor potencial ofensivo.

“Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis. (...)

“A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a seguinte máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional.*”<sup>47</sup>

O entendimento desse E. Supremo Tribunal Federal sobre as questões jurídico-criminais envolvendo o porte de entorpecentes tem evoluído. Da afirmação dura de que configuraria crime o porte de qualquer porção de droga, ainda que

---

<sup>46</sup>. Em *Combate às drogas e Estado Democrático de Direito*, artigo pub. em 9.12.2009, na revista eletrônica Conjur ([http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/combate-consumo-droga-prevencao-tratamento-inclusao#\\_ftn8\\_2699](http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/combate-consumo-droga-prevencao-tratamento-inclusao#_ftn8_2699)), acesso em 1º.3.2012.

<sup>47</sup>. Em *Estado de Direito e jurisdição constitucional...* cit., pp. 170/171.

pequena<sup>48</sup>, passou-se a reconhecer a possibilidade de falecer tipicidade material à conduta quando ínfima a quantidade<sup>49</sup>; ao reconhecimento de que a Lei nº 11.343 promoveu a despenalização do porte de estupefaciente<sup>50</sup>, espera o IDDD que se siga a declaração, neste recurso, de que o art. 28 da Lei de Drogas viola o inciso X do art. 5º da CR, e o princípio da lesividade penal.

### III – INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Sem abandonar a convicção de que a extirpação pura e simples do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 – ainda que substituído por proibição com sanção extrapenal – é a medida consentânea ao texto constitucional, o Peticionário traz a essa C. Corte pedido subsidiário, em que proporá que a decisão a ser proferida nestes autos reconheça a inconstitucionalidade do dispositivo referido, mas traga caráter manipulativo de efeitos aditivos.

Já se demonstrou no capítulo de abertura deste trabalho, que a atuação hodierna desse Tribunal Constitucional contém linhas que afastam o subjetivismo recursal apontado pelos doutrinadores processuais que escreveram antes da EC 45, transformando as decisões proferidas, mesmo em sede de recurso extraordinário, em vetores indicativos a toda sociedade. Assim, embora a técnica da interpretação conforme à Constituição tenha lugar cativo no controle abstrato de constitucionalidade, nada impede que ela se aplique em sede de apelo extremo, à moda do que se dá com o reconhecimento de que é admissível a atuação de *amicus* nesta via de inconformismo.

<sup>48</sup>. RHC 51.235-GB, 1ª T., rel. Min. RODRIGUES DE ALCKMIN, j. em 7.8.1973.

<sup>49</sup>. HC 110.475-SC, 1ª T., rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. em 14.2.2012; e HC 101.759-MG, 2ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 10.8.2010.

<sup>50</sup>. RE 430.105 QO-RJ, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 13.2.2007.

Na verdade, a chamada “interpretação conforme” nasce entre nós antes mesmo da criação dos instrumentos das ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Para se obter os caracteres fundantes do instrumento a iluminar o caminho, recorre-se às palavras de V. Ex.<sup>a</sup>:

“Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, frequentemente, a frase de Cooley: *The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.*

“Os tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional.

“Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas partes envolvidas.

“A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas. Consoante a prática vigente, limita-se o tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O

resultado é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.”<sup>51</sup>

Mais adiante V. Ex.<sup>a</sup> trata das decisões manipulativas de efeitos aditivos:

“A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição. (...)”

“Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto de lei ou seu âmbito de incidência. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional. (...)”

“Acrescente-se que é extremamente difícil excluir tal técnica de decisões de regimes como o brasileiro e o italiano, onde inexistente um recurso como o de amparo espanhol ou o *Verfassungsbeschwerde* alemão, já que em tais

---

<sup>51</sup>. Em *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, Saraiva (2012), pp. 523/524.

circunstâncias as decisões aditivas tornam-se a via preferencial para a ‘reinterpretação e tutela de direitos subjetivos’.”<sup>52</sup>

Voltando ao *thema*, é possível admitir-se circunstância fática em que o porte de entorpecente para consumo próprio se dê fora do âmbito da proteção da cláusula de proteção à intimidade e vida privada, o que, em tese, poderia legitimar a tipicidade da conduta extravasante. Seria o caso, por exemplo, do consumo público de substância proibida.

Nessa hipótese, mister seria reconhecer a inconstitucionalidade do disposto na cabeça e no § 1º, do art. 28 da Lei de Drogas, pela omissão de termos que mantivessem a proteção positivada no inciso X do art. 5º da Constituição, o que se poderia dar pela adição aos tipos da expressão “e ostensivamente” após a expressão “para consumo próprio”. Ficaria assim:

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

“§ 1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal e ostensivamente, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.” (destacamos as adições de textos que se propõem)

---

<sup>52</sup>. Ob. cit., pp. 541/542.

Com os acréscimos propostos, por meio da interpretação conforme à Constituição, E. Supremo Tribunal, proteger-se-ia a intimidade e a vida privada, sem abrir mão da criminalização.

#### IV – PALAVRAS FINAIS E PEDIDOS

Especialistas informam que aproximadamente 12% de toda a população humana têm certa pré-disposição genética ao desenvolvimento de alguma dependência química, sendo certo que, por estar fora desse corte, uma parte dos usuários de drogas jamais desenvolverá qualquer doença relacionada ao uso. As Ciências não foram capazes, ainda, de determinar quais seriam os fatores que efetivamente levam ao desenvolvimento da dependência de drogas – reconhecida como doença, hoje, pela Organização Mundial da Saúde –, embora existam sérias razões para desconfiar de que o uso contínuo e reiterado de substâncias psicotrópicas esteja na raiz do despertar da moléstia. Certezas sobre o tema, contudo, são bem poucas...

*Data maxima venia*, a imposição de trato criminal aos dependentes, diante da doença instalada e ativa, é vedada pelo art. 5º, ns. XLVIII, letra *e*, da CR, por sua inútil crueldade. Assim já decidiu a Suprema Corte Americana, em “*Robinson v. California a California law making it a crime to be a drug addict was held to be unconstitutional as cruel and unusual punishment in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments.*”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup>. Cf. em <http://www.answers.com/topic/robinson-v-california> - acesso em 1º.3.2012.

É óbvio que a narcodependência e o uso eventual de substâncias tóxicas não são passe-livre para a prática de crimes. Ao contrário: o ordenamento jurídico prevê tratamento penal mais rigoroso para a hipótese de ter sido o crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, n. II, letra I, do CP), bem como define que, praticado delito de qualquer natureza quando o agente estava incapacitado de entender o caráter ilícito do fato ou de se autodeterminar de acordo com essa compreensão, o juiz poderá encaminhar o agente para tratamento médico (art. 45, parágrafo único da Lei nº 11.343/2006), o que significa que não ficando provada a doença, a responsabilização penal do usuário ocorrerá.

Por outro turno, se o indivíduo, tomado pela dependência química, demonstrar-se inadequado ao convívio social, sem contudo lesar ou ameaçar terceiro, o ordenamento jurídico confere à sociedade os instrumentos de defesa da internação involuntária e da internação compulsória, disciplinadas pela Lei nº 10.216, de 4 de junho de 2001. Longe da vida social, o doente será tratado e apenas retornará quando estiver apto a conviver adequadamente.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa entende que, excluído o crime do art. 28 da Lei de Drogas – ou, pelo menos, se outorgado aos tipos elementos protetivos da intimidade e da vida privada –, o atual quadro normativo é absolutamente satisfatório. O tráfico continua a ser fato típico, em atenção ao concerto entre nações hoje vigente; até que o Congresso Nacional se debruce sobre a questão, as drogas encontradas serão apreendidas, vez que ainda ilícitas, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei de Entorpecentes; os usuários não tomados pela doença serão responsabilizados pelos danos e riscos que efetivamente causarem a terceiros; desde que o dependente químico ou o usuário eventual de drogas a ninguém incomode, esse C. Tribunal Supremo, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 – quer por violação ao inc. V, art. 5º da CF, quer por maltrato ao princípio da lesividade penal –

permitirá que seja deixado em paz pelo Direito Penal, como o Direito Penal, afinal, deixa em paz os cidadão que não importunam terceiros.

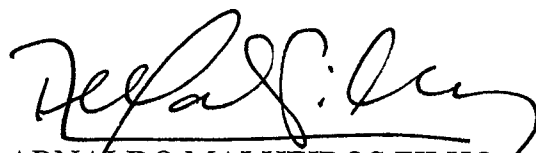
Pelo exposto, o IDDD requer:

- a) seja deferida sua admissão como *amicus curiae* no presente recurso extraordinário, com todas as conseqüências daí decorrentes, dentre elas a promoção de intimação da sessão em que se realizará o julgamento do feito, possibilitando, desta forma, a sustentação oral de suas razões;
- b) seja firmada a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, por violação ao disposto no art. 5º, inc. X da CF, bem como por maltrato ao princípio constitucional da lesividade, tão caro ao Direito Penal moderno;
- c) subsidiariamente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade, seja outorgada ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, para acrescentar à cabeça e ao § 1º, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, logo após a expressão “para consumo próprio” os termos “e ostensivamente”; e, finalmente,

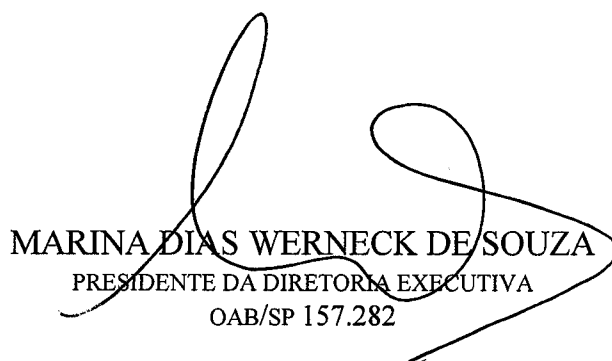
d) seja o recurso extraordinário em epígrafe julgado procedente, para absolver o recorrente com fundamento no art. 386, inc. III do Código de Processo Penal.

De São Paulo para Brasília,

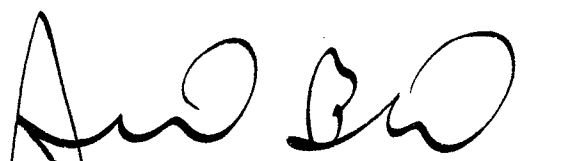
Em 16 de março de 2012.



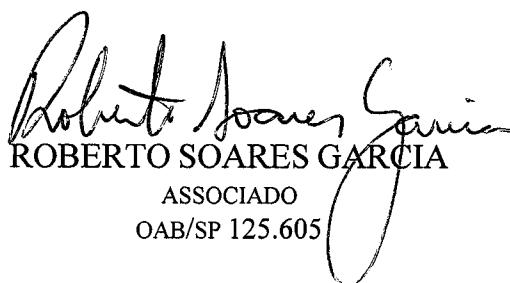
ARNALDO MALHEIROS FILHO  
PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO  
OAB/SP 28.454



MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA  
PRESIDENTE DA DIRETORIA EXECUTIVA  
OAB/SP 157.282



AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO  
VICE-PRESIDENTE DA DIRETORIA EXECUTIVA  
OAB/SP 206.575



ROBERTO SOARES GARCIA  
ASSOCIADO  
OAB/SP 125.605