



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO HERINQUE DE MOURA DANTAS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº
11.343/06 (LEI DE DROGAS)**

Salvador
2017

PEDRO HERINQUE DE MOURA DANTAS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº
11.343/06 (LEI DE DROGAS)**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Nicory do Prado

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO HERINQUE DE MOURA DANTAS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº
11.343/06 (LEI DE DROGAS)**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, __/__/2017

RESUMO

Diante da ineficiência do tratamento às drogas ilícitas, em especial o tratamento penal dado pelo Estado às condutas relacionadas ao porte de drogas ilícitas para uso pessoal, onde os fins e propósitos eleitos pela Lei de Drogas e toda a política criminal relacionada, não são alcançados, propõe-se neste trabalho a tese de inconstitucionalidade da criminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal. A defesa da tese se sustenta nos argumentos de falta de lesividade a terceiros da conduta incriminada, do direito fundamental à vida privada e à intimidade, da autonomia individual e livre formação da personalidade, bem como do princípio da proporcionalidade em âmbito penal e constitucional. De outro lado, este trabalho não deixa de apresentar os argumentos favoráveis a constitucionalidade da criminalização, fazendo um contraposto e elegendo os que mais se parecem afeitos à doutrina jurídica sobre o tema. Analisa questões empíricas relacionadas ao crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, procurando demonstrar qual a tendência de tratamento sobre a questão, em outros ordenamentos jurídicos. No mais, o presente trabalho expõe o andamento do Recurso Extraordinário 635.659, que trata da constitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/06, analisando os votos até então proferidos pelos ministros, bem como a contribuição dada no feito, pelas diversas entidades com respaldo sobre o tema.

Palavras-chave: Drogas ilícitas; Criminalização; Consumo pessoal; Inconstitucionalidade; Lesividade; Vida Privada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal de 1988
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
LSD	Ácido Lisérgico
OMS	Organização Mundial de Saúde
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SP	São Paulo
SVS	Secretaria de Vigilância Sanitária

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DROGAS ILÍCITAS	8
2.1 CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E LEI PENAL EM BRANCO	8
2.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA AS DROGAS	13
2.3 NOÇÕES GERAIS SOBRE A LEI Nº 11.343/06	19
2.4 TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS	21
2.5 A EXCLUSÃO DA PENA DE PRISÃO E SEUS EFEITOS CLASSIFICATÓRIOS	29
3 A INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAI E CONSTITUCIONAIS	32
3.1 O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE/OFFENSIVIDADE	32
3.2 O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA AUTONÔMIA	38
3.3 O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE/PROPORCIONALIDADE	42
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.28 DA LEI DE DROGAS	46
4.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP E O POSICIONAMENTO DE ALGUNS <i>AMICUS CURIAE</i>	46
4.2 O VOTO DO MINISTRO RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP	53
4.3 O VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP	62
4.4 O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP	66
4.5 O TRATAMENTO DO TEMA NA ARGENTINA E COLÔMBIA	70
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O tema das drogas ilícitas é, sem dúvida, um dos mais relevantes para o Direito Penal pátrio. As condutas incriminadas relacionadas às drogas ilícitas proporcionam uma grande demanda para o Poder Judiciário e isso pode ser constatado, por exemplo, pela necessidade de existência, em algumas comarcas do nosso território, de varas criminais especializadas em crimes de tóxicos, com o intuito de suportar tal demanda. Outro exemplo, é o grande número de presos por delitos tipificados na Lei de Drogas.

Inserido no tema, duas figuras se destacam: o tráfico de drogas e o porte de drogas para uso pessoal. O objeto deste trabalho monográfico é a segunda figura. Propõe-se aqui a análise da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e, por conseguinte, os fundamentos jurídicos e empíricos que circundam o tema.

O uso de drogas, com variados propósitos, é uma prática comum há muito tempo constatada na história do homem, sendo difícil precisar cronologicamente o seu tempo. Nesse contexto, o debate sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, dispositivo na Lei de Entorpecentes que incrimina algumas condutas relacionadas ao porte de drogas para uso pessoal, é cercado de polêmica e com posições opostas bem definidas. A análise do tema envolve princípios estruturantes do Direito Penal e Constitucional, além de tocar no aspecto moral da sociedade. Pressupõe também estudo e conhecimento de verdadeiros fundamentos do Estado Moderno.

Ademais, a relevância e atualidade do tema é verificada através do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral, que tramita no Supremo Tribunal Federal, cuja questão jurídica essencial é justamente saber se criminalizar o porte de drogas ilícitas para uso pessoal se coaduna com o Direito Penal regido pelos princípios constitucionais. Além disso, o tema é recorrente em tratamento por diversos países, inclusive alguns situados na América do Sul.

Isto posto, o capítulo 2 desta monografia busca expor o contexto geral histórico da política de guerra contra as drogas, com enfoque nas convenções internacionais que fortaleceram a transnacionalização do controle das drogas ilícitas e ditaram as premissas jurídicas sobre o tema. Além disso, o capítulo trata do

conceito de droga, suas diferentes denominações/classificações, assim como discute a problemática da lei penal em branco, técnica adotada pela Lei de Drogas.

O cenário do capítulo 3 corresponde à defesa da tese de inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Tóxicos, onde se busca evidenciar a incompatibilidade do dispositivo penal em tela com determinados princípios de direito penal e constitucional, tais como o princípio da lesividade/alteridade, princípio da autonomia, direito à vida privada e à intimidade e princípio da proporcionalidade. Nessa esteira, defende-se que o porte de drogas para uso pessoal não lesa bens jurídicos de terceiros nem mesmo a saúde pública, configurando tão somente uma autolesão, que não pode ser punida penalmente pelo Estado. Ademais, o porte de drogas para uso pessoal é conduta relacionada à autonomia do homem, que diz respeito à sua esfera de vida privada e intimidade, direitos que são invioláveis como determina a nossa Carta Magna e por isso também não pode ser criminalizado pelo Estado. Além disso, demonstra-se que sob a ótica da proporcionalidade, o Direito Penal não é o melhor meio de tratar do porte de entorpecentes para consumo pessoal.

Por fim, no capítulo 4, são demonstradas as circunstâncias do Recurso Extraordinário 635.659, evidenciando os fundamentos defendidos pelo recorrente e recorrido, bem como os argumentos apresentados por alguns *amicus curiae* que ingressaram na lide. Além disso, pretende-se expor o posicionamento dos três ministros da suprema corte que até o presente momento proferiram voto, quais sejam, o relator ministro Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Finalmente, comenta-se como o tema foi tratado pela corte constitucional da Argentina e Colômbia, países que já passaram pelo momento que estamos vivenciando.

2 DROGAS ILÍCITAS

2.1 CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E LEI PENAL EM BRANCO

A Lei nº 11.343/2006 - Lei de Drogas dispõe, em seu art. 1º, parágrafo único, o conceito de drogas, as quais consistem em “substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 215) entende que o conceito legal de drogas não ficou restrito à categoria dos entorpecentes, nem das substâncias causadoras de dependência física ou psíquica. Neste sentido, o autor afirma que “consideram-se drogas todas as substâncias ou produtos com potencial de causar dependência, com a condição de que estejam relacionadas em dispositivo legal competente”.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS, droga é “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento”. (1993 *apud* NICASTRI, 2014).

O conceito de droga fornecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) dá a ideia de um leque bastante amplo de drogas existentes na sociedade, o que de fato condiz com a realidade. Sendo droga “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento”, estas são, conforme o conhecimento humano, inúmeras e incontáveis.

Dentre os diversos tipos de drogas existentes, destacamos as psicoativas, ou psicotrópicas, que conforme Alexandre Jordão Frankenberger (2009, *online*) “são substâncias que alteram as sensações, o humor, a consciência ou outras funções psicológicas e comportamentais”. Notadamente, são esses tipos de drogas que ganham destaque na proibição em nosso ordenamento jurídico. E dentre essas, podemos citar as popularmente conhecidas como maconha, cocaína, crack, ecstasy, ácido lisérgico (LSD), dentre outras.

Os autores Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes (2016, p.262) citam a classificação de “Entorpecente”, sendo sinônimo de narcóticos

e estupefacientes, tendo como definição “aquilo que causa torpor, que amortece os sentidos”. Para os autores, esta classificação não abrange todas as drogas, mas principalmente as depressoras, como os opiáceos, sem incluir as estimulantes, como a cocaína e as alucinógenas, como o LSD.

Existem muitas classificações sobre as drogas, todavia a que merece maior destaque em decorrência do objetivo deste trabalho, é a classificação jurídica que divide as drogas em lícitas e ilícitas. É uma classificação problemática, pois não se consegue vislumbrar razão lógica que determine qual substância será considerada lícita e qual será considerada ilícita. Imagina-se que o critério adotado é o da lesividade à saúde humana, porém esse argumento não se sustenta, de modo que outras drogas altamente lesivas a saúde humana, como o álcool e o tabaco, são consideradas lícitas e exploradas no mercado de consumo, gerando inclusive tributos ao Estado, em especial, nesse aspecto, o tabaco.

Essa distinção entre drogas lícitas e ilícitas deu-se por conveniência política, sem que houvesse conclusões médicas definitivas quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância a ser controlada.

Desse modo, conforme acima abordado, a droga será considerada ilícita se a lei ou ato infralegal assim dispor. O autor Daniel Nicory do Prado (2013, p. 33) assevera que:

[...] o legislador fixou um conceito bastante amplo, a partir do qual as substâncias proibidas seriam individualizadas, ou em lei, ou em ato infralegal do setor responsável no Poder Executivo. Apesar da menção à lei, o diploma não traz em si a relação das drogas (ou entorpecentes), deixando todo o espaço de regulação à autoridade administrativa, que, em última análise, só encontra limite no genérico conceito de “produto que causa dependência”.

Neste sentido, assevera a autora Aline Bianchini (2013, p. 31) que, malgrado uma substância seja capaz de causar dependência, enquanto esta não tiver sido prevista em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo (Portaria SVS/MS 344/98), não haveria tipicidade na conduta do sujeito que eventualmente praticasse quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39 da Lei de drogas, assim como a conduta prevista no art. 28 do mesmo diploma normativo.

Sob essa ótica, o autor Prado (2013, p. 34) afirma que “a Lei de Drogas adota a técnica da lei penal em branco, que demanda um complemento sem o qual é impossível determinar o seu alcance e, por consequência, aplicá-la”.

Compartilha do mesmo entendimento a autora Aline Bianchini (2013, p. 33), quando ao abordar sobre a determinação da ilicitude da droga na Lei nº 11.343/2006, entende se tratar da chamada lei penal em branco ou norma penal em branco “que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal)”.

A maioria das normas penais que descrevem condutas típicas são normas completas, integrais, possuindo preceitos e sanções, podendo ser aplicadas sem a complementação de outras. Todavia, existem normas penais incompletas, com preceitos genéricos, que precisam da complementação de outras normas, sendo conhecidas, por esse motivo, como normas penais em branco. Sobre o tema, o autor Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 201), afirma que:

Trata-se, na realidade, de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.), para concluírem a descrição da conduta proibida.

Sobre as leis penais em branco, Rogério Greco (2015, p.70) distingue as leis penais em branco homogêneas, quando o seu complemento é oriundo da mesma espécie legislativa que editou a norma que precisa de complemento, e heterogêneas, quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou.

Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 202) adota a classificação que divide a norma penal em branco em sentido lato e em sentido estrito. Comparando com a classificação dada pela doutrina de Rogério Greco, há diferença somente no aspecto terminológico, pois para Bitencourt o complemento daquelas é originário da mesma fonte formal da norma incriminadora. Sendo assim, a fonte encarregada de elaborar o complemento é a mesma fonte da norma penal em branco, havendo, portanto, homogeneidade de fontes legislativas. Por sua vez, as normas penais em branco em sentido estrito são aquelas nas quais a complementação deriva de instância legislativa diversa da norma a ser complementada, havendo heterogeneidade de fontes, frente à diversidade de origem legislativa.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p.60) prefere, quanto à classificação da norma penal em branco, adotar a nomenclatura “normas impropriamente em branco” que se equivalem às “normas penais em branco em sentido lato”, adotado por

Bitencourt, e “normas propriamente em branco”, equivalendo-se, por sua vez, às “normas penais em branco em sentido estrito”, terminologia adotada por Bitencourt.

Não há divergência quanto à constitucionalidade das leis penais em branco homogêneas, porém o mesmo não ocorre com as heterogêneas, enquadrando-se aí a Lei de Drogas, cujo complemento é um ato infralegal, oriundo da Portaria nº 344/98 expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Essa lista relaciona as substâncias de uso proscrito no Brasil.

Desse modo, explica o autor Ricardo Antonio Andreucci (2015, p. 215) que caso constate-se a existência de alguma substância entorpecente não prevista na Portaria n. 334/98, sua comercialização, distribuição ou consumo não configurará crime de tráfico ilícito de drogas ou porte para consumo pessoal, respeitando assim o princípio da estrita legalidade.

No que toca à polêmica da constitucionalidade das leis penais em branco, o professor Nicory (2013, p.) sustenta a ideia que:

[...] o questionamento doutrinário faz todo sentido, uma vez que, estando o Direito Penal submetido a um regime de legalidade estrita, que impõe um ideal de taxatividade como previsibilidade plena e exclui a analogia in malam partem e a aplicação do direito costumeiro, a delegação de poderes ao Executivo, nesse ponto, seria um contrassenso.

Sobre o princípio da legalidade, este vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal que predispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tal princípio também reflete no art. 1º do Código Penal, de forma idêntica ao acima disposto.

Na concepção do autor Rogério Greco (2015, p. 144), o princípio da legalidade, é o mais importante do Direito Penal. Seguindo nessa perspectiva, Greco ensina que “a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal”.

Segundo Nucci (2015, p. 61) as normas em branco não violam o princípio da legalidade, porque se pode encontrar o seu complemento em outra fonte legislativa, que apesar de ser diversa do Direito Penal é previamente determinada e conhecida.

Na seara da Lei de drogas, Daniel Nicory (2013, p. 36) critica o uso da técnica legislativa da lei penal em branco. Para ele, o conceito de “substância que causa dependência”, disposto no art. 1º da lei supracitada:

[...] não é suficiente para determinar, ainda que de forma genérica, o âmbito da incriminação, porque, se assim o fosse, o álcool e o tabaco não poderiam ter o seu uso permitido no Brasil, muito menos para fins recreativos; além disso, o conceito não é capaz de indicar ao consumidor que alguns opiáceos são lícitos, para fins medicinais e com venda controlada, enquanto todos os derivados da maconha são ilícitos para qualquer fim.

Ainda no tema da lei penal em branco relacionada à Lei de drogas, Prado (2016, p.4) opina no sentido de que a Lei de Drogas não fornece orientação satisfatória para os indivíduos que queiram saber quais são as drogas lícitas e como ter acesso a elas, assim como em relação às drogas ilícitas, cuja posse faz incidir nos tipos penais incriminadores.

Existe divergência doutrinária sobre se as normas penais em branco heterogêneas violam ou não o princípio da legalidade em matéria penal.

Daniel Nicory cita (2016, p. 4) dois principais argumentos dos que defendem a aplicação das normas penais em branco heterogêneas, quais sejam: o da rápida mutabilidade da realidade social e o da discricionariedade técnica.

A ideia do primeiro argumento é que o processo legislativo seria lento demais para dar conta do surgimento cada vez mais acelerado de novas drogas sintéticas e, pela ausência de lei, tais situações jurídicas seriam consideradas lícitas por um grande período.

Em relação ao argumento da discricionariedade técnica, o autor (2016, p. 4) traz a ideia de que:

Em princípio, respeitada a moldura do texto legal que define as condutas e as sanções e delimita o espaço a ser complementado, a interferência de um órgão técnico especializado não é incompatível com o princípio democrático, até porque este também pressupõe a separação dos poderes.

Daniel Nicory aborda no artigo que o ideal é a ausência de influência política nos órgãos técnicos responsáveis por completar a lei penal em branco heterogênea, porém em seu entendimento tal ideal é irrealizável, pois se assim o fosse, o álcool etílico e a nicotina constariam na Lista de Substâncias Entorpecentes da Anvisa.

Existe uma disputa de legitimidade, entre o legislativo e o executivo, pela definição da lista de drogas sujeitas a controle, como exemplo os casos da sibutramina, substância inibidora de apetite, e o da fosfoetanolamina, conhecida como a “pílula do câncer”. Segundo Daniel Nicory (2016, p. 4), nos dois casos, o Congresso Nacional interferiu na esfera de regulação que supostamente caberia à

ANVISA, forçando a reformulação dos atos normativos do órgão técnico, em um deles, e no outro, tendo a eficácia do seu ato suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante desta disputa, o autor conclui em seu artigo que:

Em síntese, cabe à autoridade sanitária regular o acesso à substância, mas só o Legislativo pode vedá-lo. Portanto, é admissível a complementação da lei penal por uma lista de drogas sujeitas a controle editada pela ANVISA, e a prática de qualquer conduta típica envolvendo as substâncias, em desconformidade com a autorização regulamentar (aquisição sem prescrição médica, venda sem registro sanitário etc.) configurará, conforme o caso, os crimes do art. 28 (enquanto o STF não declarar a sua inconstitucionalidade) ou do art. 33 e seguintes da Lei 11.343/2006.

Desse modo, o autor entende que “é competência privativa do Congresso Nacional a proibição total da produção e comercialização de uma droga no Brasil”.

Apesar da problemática envolvendo a constitucionalidade da lei penal em branco heterogênea e sua aplicação na Lei de drogas, Daniel Nicory entende (2013, p. 37) que a jurisprudência brasileira reconhece a constitucionalidade do referido tipo normativo e um indicativo disso seria a numerosa população carcerária acusada ou condenada pela prática de tráfico de drogas.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA AS DROGAS

Diferentemente de outros delitos tradicionais como o homicídio, a criminalização do uso e do comércio de drogas é relativamente recente. Explica Luciana Rodrigues (2006, p. 26) que as drogas proibidas mais conhecidas atualmente, já eram consumidas pelo homem há séculos, todavia o controle penal pelo Estado só ocorreu nas primeiras décadas do século XX, havendo as primeiras previsões legais de crimes e penas relacionadas aos entorpecentes.

É sabido que historicamente o uso de drogas, seja para modificação de comportamento, humor e emoção, uso religioso, ou medicinal, sempre foi prática comum em diversas civilizações e culturas. Nesse sentido, opina os autores Guadanhin e Gomes (2016, p.263) que a “droga foi e sempre será um dado da realidade, com o qual conviveu e convive o homem”.

Indica Luciana Rodrigues (2006, p. 26) que nas Américas, bem como na Europa, nos primórdios da colonização, era comum o uso, pelos nativos, de plantas psicoativas e alucinógenas em cultos indígenas e pagãos.

As grandes navegações e a conseqüente expansão comercial e cultural possibilitaram a descoberta, pela civilização europeia, do uso, pelos povos nativos, de diversas substâncias e espécimes, como a folha de coca, o haxixe, o ópio e o tabaco. Essas substâncias tornaram-se mercadorias valiosas que incrementavam as viagens. Foi nesse momento histórico que, segundo os autores Guadanhin e Gomes (2016, p.263) o uso dos psicotrópicos sofreu um crescimento vertiginoso.

Conforme expõe Luciana Rodrigues (2006, p. 28), não havia proibição ao uso de drogas até a Idade Média. O que havia era algumas prescrições morais trazidas pela doutrina cristã. Ensina a autora (2006, p. 27) que com a colonização do “Novo Mundo” que se deu sob forte influência da Igreja Católica, o banimento das “plantas sagradas” tornou-se imposição da cultura do colonizador sobre a do colonizado, assim como a afirmação do catolicismo como religião oficial, por meio da catequese dos índios.

Entende Luciana (2006, p.27) que o aspecto da religiosidade é um dos elementos básicos para se compreender as origens da proibição das drogas no mundo moderno. Isto porque, uma das bases da política proibicionista teve influência do protestantismo norte-americano e de seu ideal religioso de abstinência, pregados pelas figuras de formação religiosa mais importantes à época, que atuaram como grandes influentes do proibicionismo.

A atual política de controle das drogas, portanto, tem em sua origem aspectos religiosos, econômicos e sociais, muito embora na atualidade seja mais perceptível o discurso oficial médico. Nas palavras de Luciana Rodrigues (2006, p.32)

Não há como se deixar de analisar o quadro dentro de um contexto mais amplo, que leva, na atualidade, à coexistência de drogas proibidas, de consumo semiclandestino, por um lado, e de substâncias “terapêuticas” legais, fabricadas pelas grandes indústrias multinacionais, cuja diferenciação é feita por critérios político-legislativos e sofre a influência de “atitudes sociais que determinam quais drogas são admissíveis e atribuem qualidades éticas aos produtos químicos”

Salo de Carvalho (2007, p. 10) entende que a origem da criminalização das drogas não pode ser encontrada, pois inexistente. Isto porque o autor considera que “Se o processo criminalizador é invariavelmente processo moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável”. Nesta perspectiva, o autor compreende o processo de criminalização das drogas como “produto eminentemente moralizador, incorporado à

ideia de punição de opções pessoais e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais”.

Dentro da perspectiva do controle penal sobre as drogas, um importante marco histórico é a chamada “guerra do ópio” travada entre o Império Britânico e a China, em meados do século XIX. O ópio é uma substância extraída do fruto de uma planta denominada “Papoula” e era bastante usada pela população chinesa e utilizada como mercadoria nas relações entre as duas nações, levando a Inglaterra a declarar guerra à China com o objetivo de manter o comércio do produto.

A intenção deste trabalho não é adentrar na história da “Guerra do ópio”, mas sim demonstrar que este foi um fato, conforme entende Luciana Rodrigues (2006, p.37), que marcou o início dos debates internacionais sobre o controle das drogas, no início do século XX, gerando o surgimento dos primeiros tratados internacionais sobre o tema e que influenciaram no surgimento das legislações sobre drogas de diversos países.

Nesse sentido, Salo de Carvalho (2007, p.12) afirma que no início do século passado, o aumento do consumo de ópio e haxixe, em especial nos círculos intelectuais e na classe econômica alta, influenciou a edição de novos regramentos sobre o consumo e a venda de substâncias psicotrópicas.

Em termos de legislação brasileira, o autor entende (2007, p. 12) que é somente a partir da década de 40 que se deu o surgimento da política proibicionista sistematizada contra as drogas.

Voltando para uma ótica internacional, explica Luciana Rodrigues (2006, p. 39) que a partir da criação das Nações Unidas, que se deu no ano de 1945, após o fim da 2ª Guerra Mundial, foram concluídas três convenções sobre o controle internacional de drogas. Essas convenções serviram como verdadeiro norteador da matéria de entorpecentes em âmbito internacional e estão em vigor até os dias atuais.

As três convenções são datadas do ano de 1953, 1971 e 1988. Conforme o Escritório sobre Drogas e Crimes da Organização das Nações Unidas (*online*), as três convenções são complementares. A principal proposta das duas primeiras é sistematizar as medidas de controle internacional com o objetivo de assegurar a disponibilidade de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas para uso médico e científico, e prevenir sua distribuição por meios ilícitos. Eles também incluem medidas gerais sobre o tráfico e o abuso de drogas.

Segundo Daniel Nicory (2013, p. 19), o primeiro e mais importante tratado internacional sobre as drogas é a Convenção Única sobre Entorpecentes, firmada em 1961. Tal convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 5, de 1964 e promulgada no país no mesmo ano, por meio do Decreto nº 54.216.

Salo de Carvalho (2007, p. 15) ensina que a Convenção de 1961 é reflexo da transnacionalização do controle sobre entorpecentes, inserido em uma realidade onde o consumo de drogas ganha o espaço público, ocorrendo um aumento de sua visibilidade e gerando, conseqüentemente, o “pânico moral” que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal.

Luciana Rodrigues (2006, p.39) entende que a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 foi um significativo marco na história dos esforços internacionais para controlar as drogas, sendo reconhecida como um simples e efetivo instrumento que foi amplamente aceito. Segue explicando que a Convenção:

[...] instituiu um amplo sistema internacional de controle e atribuiu a responsabilidade aos estados-parte de incorporação das medidas ali previstas em suas legislações nacionais, além de ter reforçado o controle sobre a produção, distribuição e comércio de drogas nos países nacionais, e proibido expressamente o fumo e a ingestão de ópio, assim como o simples mastigamento da folha de coca e o uso não médico da cannabis.

Sobre a Convenção de 1961, Daniel Nicory (2013, p. 20) chega a conclusão que “boa parte do texto se destina a prever os estritos limites da produção lícita de drogas, os órgãos nacionais e internacionais destinados a articular as políticas de controle, e os sistemas de coleta e armazenamento de informação”.

Luciana Rodrigues (2006, p. 40) entende que a mencionada convenção levou a uma delegação de legitimidade de repressão às agências norte-americanas, como operadoras do controle policial sobre as drogas.

Na ótica de Daniel Nicory (2013, p. 21), a Convenção de 1961 lançou as bases da proibição e do combate a algumas drogas, eleitas como objeto de máxima atenção da comunidade internacional. Assim também entende Luciana Rodrigues (2013, p.40), *ipsis litteris* “nesse momento nota-se a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias”.

Posteriormente à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, outro ato internacional atualmente em vigor referente às drogas foi a Convenção sobre

Substâncias Psicotrópicas de 1971, aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 90, datado de 05 de dezembro de 1972.

Segundo Luciana Rodrigues (2006 p. 40) tal convenção incluiu as drogas psicotrópicas no rol das substâncias proibidas. Nesse sentido, explica a autora (p, 40) que:

Até então apenas as drogas narcóticas relacionadas com o ópio, além da cannabis e da cocaína, estavam sujeitas a controle internacional, muito embora outras substâncias, como os estimulantes, anfetaminas e LSD, até então fora do controle, tivessem também efeitos psicoativos.

O Escritório sobre Drogas e Crimes da Organização das Nações Unidas (*online*) afirma que a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 “criou ainda formas de controle sobre diversas drogas sintéticas de acordo, por um lado, a seu potencial de criar dependência, e por outro lado, a poder terapêutico”.

Foi a partir do ano de 1976, segundo Luciana Rodrigues (2006, p. 40), que a Convenção de 1971 entrou em vigor, submetendo ao controle internacional as novas substâncias acima referidas, bem como os sedativos-hipnóticos e os tranquilizantes.

Segundo Daniel Nicory (2013, p. 21) importante previsão que a Convenção de 1971 trouxe foi a de que “se o delito for praticado por um dependente de drogas, as partes podem adotar, como alternativa à pena, ou como seu complemento, medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social”.

O sistema internacional de controle contra as drogas foi se ampliando e, segundo Luciana Rodrigues (2006, p. 40) alcançou o nível máximo de repressão com a vigente Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Esta foi a Convenção, no âmbito das Nações Unidas, que veio posteriormente à comentada Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. Ela foi celebrada em Viena, na Áustria, e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

Conforme explica Luciana Rodrigues (2006, p. 41)

O sistema internacional atual de controle de drogas baseado na referida convenção de 1988, depende da participação dos Estados, que se comprometem a elaborar, implementar e ratificar tratados, sob os auspícios das Nações Unidas, que elaboram os modelos uniformes de controle de substâncias.

Neste sentido, afirma Luciana Rodrigues (2006, p. 41) que no final da década de 80, a ideia das drogas ilícitas como um “desafio coletivo global” tornou-se um consenso alcançado pelos governos, consenso este assentado nos princípios da cooperação e da corresponsabilidade entre os estados, dentro da proposta repressiva.

Segundo Daniel Nicory do Prado (2013, p. 22), com a Convenção de 1988, o porte, a aquisição e o cultivo de drogas para uso pessoal, pela primeira vez, passaram a integrar o rol de condutas passíveis de criminalização, ressalvados, todavia, os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico dos Estados Partes.

Luciana Rodrigues afirma (2006, p. 41) que a Convenção em comento tem característica repressiva com o objetivo de combater as organizações de traficantes. Para isso, a Convenção de 1988 traz uma ampliação das hipóteses de extradição, cooperação internacional e confisco de ativos financeiros dos traficantes, reforçando e unindo os instrumentos legais já em vigor.

Desse modo, conforme entende a autora, a Convenção em tela criou um sistema para se opor ao poder militar e econômico alcançado pelo tráfico ilícito durante os anos passados de proibição. Seguindo nessa perspectiva, Luciana Rodrigues afirma que “foi com base neste último instrumento de 1988 que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de ‘guerra às drogas’”.

A Convenção de 1988 foi o primeiro instrumento jurídico internacional a definir o delito de lavagem de dinheiro, estabelecendo regras para tentar controlar a circulação de capitais de origem criminosa, também como forma de combate ao tráfico ilícito de drogas.

Outro elemento também imposto pela Convenção em tela para combate ao tráfico ilícito de drogas e abordado por Luciana Rodrigues (2006, p. 43) foi o instituto da “Ação Controlada”, para a identificação das atividades criminosas dos traficantes. No entendimento da autora, este instituto possibilita à polícia postergar o momento da prisão, tendo com isso condições de acompanhar o andamento das negociações para a entrega e fornecimento de drogas, logrando então prender mais envolvidos, assim como identificar os chefes das organizações criminosas.

2.3 NOÇÕES GERAIS SOBRE A LEI Nº 11.343/06

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o bem jurídico que a Lei de drogas visa proteger é a saúde pública. Afirma Rogério Sanches Cunha (2013, p. 163) ser a saúde pública a tutela imediata, de modo que a saúde individual das pessoas que integram a sociedade é a tutela mediata. Para o autor, “A saúde pública é um bem jurídico supra-individual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais”.

A Lei nº 11.343/2006, que sucedeu as Leis nº 6.368/76 e 10.409/02, trouxe algumas modificações e avanços significativos. Um desses avanços, segundo João Paulo Orsini Martinelli (2009, p. 13), foi diferenciar a figura do usuário da do traficante de drogas, abordando o porte para uso próprio e o tráfico de drogas em capítulos distintos, de modo que para o primeiro, a lei trabalha mais no sentido da prevenção, com penas mais brandas e, de outro lado, trata a conduta do tráfico com maior repressão e conseqüentemente com penas cominadas mais rigorosas.

Na verdade, a Lei nº 6.368/76 já diferenciava as figuras do tráfico e do porte para uso pessoal, sendo previstas nos artigos 12 e 16, respectivamente. O certo é que, como dito pelo autor João Paulo Orsini Martinelli, a vigente Lei de drogas abrandou a situação do usuário.

A Lei nº 11.343/2006, em seu Título I, no art.1º, que trata das disposições preliminares, revela a instituição, pelo diploma normativo supracitado, de um órgão denominado Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Tal Lei prescreve ainda medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. A disciplina do Sisnad pode ser encontrada nos arts. 3º ao 17, bem como do Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006.

O Título II da Lei nº 11.343/2006 trata, em seus arts. 3º ao 5º, sobre a finalidade, princípios e objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Ainda no Título II, e agora no Capítulo II, art. 7º, a disposição é referente à composição e organização do Sisnad. O Capítulo III foi vetado. Por fim, já no Capítulo IV, em seus arts. 16 e 17 a matéria tratada é sobre a coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

Sobre o Título III da Lei de drogas, Aline Bianchini (2013, p. 30) se manifesta no sentido de que “a Lei que ora se comenta rompe com as anteriores (6.368/76 e 10.409/2002), na medida em que se ocupa, mais detidamente, com as atividades voltadas à prevenção do uso de drogas”. Tais disposições estão inseridas nos arts. 18 e 19 Capítulo I, do Título III, da referida lei.

Seguindo no Título III, mas agora já no Capítulo II da Lei, os arts. 20 a 26 tratam das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas. O Capítulo III é o último do Título III e trata, nos arts. 27 a 30, dos crimes e das penas, destacando aí o porte de drogas para uso pessoal (art. 28).

O Título IV da Lei nº 11.343/2006 dispõe sobre a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Vale trazer a observação de Aline Bianchini (2013, p. 30), segundo a qual “a partir daí, a Lei rompe com a ideologia que vinha fundamentando a edição dos seus artigos anteriores, para adentrar no âmbito de políticas punitivistas, mais nos moldes do movimento de lei e ordem”.

Tal análise é condizente com a realidade, pois os dispositivos normativos inseridos nos capítulos anteriores ao IV da Lei de Drogas evidenciam a política criminal voltada para a assistência ao usuário ou dependente e a prevenção ao uso de drogas. Já a partir do título IV, a política criminal é de caráter punitivo.

Ainda no Título IV da supracitada lei, o Capítulo I aborda, nos arts. 31 e 32, as disposições gerais, enquanto que o seu Capítulo II, arts. 33 a 47, trata dos crimes, com ênfase no tráfico de drogas. O Capítulo III trata do procedimento penal, que vai do art. 48 ao 59. Este Capítulo é dividido em duas seções. A seção I, que engloba os arts. 50 a 53, dispõe sobre os procedimentos da investigação, enquanto que a seção II, nos arts. 54 a 59, dispõe sobre a instrução criminal. Finalmente, o Capítulo IV, dos arts. 60 a 64, trata da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado.

O Título V da Lei 11.343/06, em seu art. 65, trata da cooperação internacional. Por fim, o Título VI, nos arts. 66 a 75, tratam das disposições finais e transitórias.

2.4 TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Tipo penal, para Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 144) “é a descrição de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina)”.

Segue o autor explicando que os tipos penais incriminadores, que são os modelos de condutas vedadas pelo direito penal, tem a função de diferenciar o que é penalmente ilícito do que não tem importância na esfera penal. Guilherme de Souza Nucci afirma que o tipo penal incriminador “tem o objetivo de dar garantia aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delito”.

Primeiramente, é importante destacar que o uso de drogas, propriamente dito, é atípico no Brasil, conforme entendimento doutrinário, entre eles Daniel Nicory do Prado (2013, p. 43) e Luiz Flávio Gomes (2013, p. 154).

O art. 28 da Lei de Drogas incrimina, em seu tipo, alguns verbos de conduta. São estes: “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Equipara ainda, este mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, as condutas de “semeiar, cultivar ou colher, para seu consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”.

Para Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 230) o sujeito ativo do tipo penal sob análise é “qualquer pessoa” e o sujeito passivo é o Estado (coletividade). Por sua vez, a objetividade jurídica do referente artigo é a tutela da saúde pública e secundariamente, a vida e a saúde de cada cidadão.

O autor (2015, p. 230) destrincha os cinco verbos de conduta que são incriminados no art. 28 da Lei de drogas, fornecendo sinônimos para cada um deles, conforme a seguir: “‘adquirir’ (conseguir, obter, comprar), ‘guardar’ (conservar, manter, ter em depósito), ‘ter em depósito’ (manter armazenado, reservado), ‘transportar’ (levar de um local para o outro) e ‘trazer consigo’ (ter em poder, portar)”. Ricardo Antônio Andreucci corrobora com o entendimento de Daniel Nicory, quando afirma (p, 230) que “A prática de mais de uma conduta não implica concurso de crimes, mas um único delito (crime de ação múltipla – tipo misto alternativo)”. Este entendimento é pacífico em toda doutrina e jurisprudência pátria.

De acordo com uma terminologia mais afeita à doutrina penal, entende Daniel Nicory (2013, p. 48) que este artigo trata de um:

[...] crime comum, doloso, em que o elemento subjetivo também exige um especial fim do agir, de perigo abstrato, que, em algumas figuras, é instantâneo – adquirir, semear, colher e, noutras, é permanente – guardar, transportar, trazer consigo, ter em depósito, cultivar, com diversas condutas reunidas num tipo misto alternativo, devendo responder o agente por crime único, caso pratique mais de uma delas.

Crime comum, de acordo com a doutrina de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 128), é aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa. De outro lado, segundo o autor, os crimes próprios exigem sujeito ativo especial ou qualificado, de modo que somente podem ser praticados por determinadas pessoas. Assim, o delito insculpido no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é enquadrado como um crime comum, pois o seu sujeito ativo é “qualquer pessoa”, como exposto pelo autor Andreucci, retro mencionado.

Por óbvio, quando se afirma que o tipo penal em análise pode ser cometido por qualquer pessoa, esta deve ter capacidade penal ativa, que segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros (2011, p. 155) “é a aptidão para submeter-se aos efeitos da violação da norma penal incriminadora”. Dessa forma, o sujeito ativo tem de ser imputável penalmente, correspondendo então, nas palavras do autor retro mencionado à (2011, p. 156) “pessoa mentalmente sã, com pelo menos 18 anos, que ao tempo da conduta reunia condições de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Se o sujeito ativo for menor de dezoito anos, conforme expõe Luiz Flávio Gomes (2013, p. 135) deverão ser aplicadas as medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, não podendo ser mais grave que as sanções previstas no próprio tipo penal do art. 28, por força do princípio da proporcionalidade. A ideia do autor é que se o adulto não pode ser sancionado com rigor ao cometer o delito insculpido no art. 28 da Lei de Entorpecentes, muito menos poderá ser o menor. O entendimento de Luiz Flávio Gomes sobre a impossibilidade das medidas socioeducativas serem mais gravosas do que as penas cominadas para o porte de drogas para uso pessoal se coadunam com todo o sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta esteira de pensamento, o autor Fonseca (2012, p.319) esclarece que adolescentes autores de atos infracionais devem ser encarados como sujeitos de proteção especial pelo Estado, porque são

peças em condição peculiar de desenvolvimento, logo a dureza da lei penal não deve ser a mesma aplicada aos adultos imputáveis. Nesse sentido, a Lei nº 12.594/12 que trata do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas ao adolescente que pratique ato infracional, dispõe, em seu art. 35, I, que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto. Corrobora com tal entendimento a autora Flávia Birchal de Moura (*online*, ao informar que quando do cometimento de ato infracional e aplicação da medida socioeducativa, deverá ser analisada a legislação penal vigente, porque não poderá ser aplicada ao adolescente infrator medida mais grave do que a prevista para o mesmo crime ou contravenção praticados por um maior de idade. Em outras palavras, se para uma pessoa maior de dezoito anos que cometa determinado crime a pena não for privativa de liberdade, para o menor também não poderão ser aplicadas as medidas de internação e semiliberdade. De outro lado, sendo o sujeito ativo inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, aplica-se o art. 45 da Lei de drogas.

O tipo penal do art. 28 da Lei de drogas é também caracterizado como crime doloso. Dolo, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 354) “é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”. Cezar Roberto Bitencourt ensina que “o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la”. Para ele, o primeiro elemento é pressuposto do segundo. Continua o mesmo autor (2015, p. 358) afirmando que a consciência deve ser atual, ou seja, deve estar presente no momento da ação.

Luiz Flávio Gomes afirma que (2013, p. 134) “o tipo infracional contemplado no art. 28 só pode ser realizado mediante uma conduta dolosa. Não se prevê a forma culposa (que é atípica, portanto)”. Assim, o autor afirma, no âmbito do tipo penal do art. 28, que o dolo significa que o agente tinha a ciência de estar na posse da droga e ao mesmo tempo querer ter a posse da droga. Nesta ótica, explica o doutrinador que se o agente tem a posse de droga sem saber do que se trata, ou seja, sem saber de que se trata de droga, incorrerá em erro de tipo, previsto no art. 20, caput, do Código Penal. O erro de tipo é excludente do dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. Como não é possível o crime culposos no tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, o erro de tipo da situação acima exposta, configura uma completa atipicidade. O autor trás ainda a possibilidade de o

agente saber que está na posse de droga, mas acredita que a mesma não é proibida. Neste caso, segundo Luiz Flávio Gomes, pode-se invocar o chamado erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal.

Além do dolo, Luiz Flávio Gomes (2013, p. 134) afirma que “o tipo em destaque faz expressa referência a uma intenção especial do agente”. Esta intenção especial nada mais é do que a finalidade da droga para consumo pessoal, sendo nas palavras do autor, “o requisito subjetivo especial que o tipo requer”. Sendo assim, para que ocorra o fato típico do artigo em comento, qualquer um dos seus verbos de conduta tem de ser sucedido pela finalidade do consumo pessoal, de modo que, se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, incorrerá no crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 364) o especial fim de agir:

[...] embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na assunção do risco de produzi-lo. O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo.

O art. 28 da Lei de drogas é classificado como crime de perigo abstrato. De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 133) “os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano”. Afirma o autor (p, 133) que no crime de perigo abstrato, a probabilidade de ocorrência do dano está presumida no tipo penal, independendo de prova. Assim, a mera posse da droga ilícita já configura o delito, pois já se presume o perigo para a saúde pública.

Neste sentido afirma Rogério Greco (2015, p. 249) que o crime de perigo abstrato “constitui uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado”.

Desse modo, conforme ensina Luiz Flávio Gomes (2013, p. 136) o tipo penal em análise se consuma com a simples realização de qualquer uma das condutas descritas em seu tipo, “bastando o desvalor da conduta”. O autor entende que “o tipo não exige nenhum resultado (ou seja: não é preciso comprovar perigo concreto)”. Destarte, nas palavras do autor:

[...] é preciso que se comprove a idoneidade lesiva da conduta, o que exige sua prova inequívoca assim como prova da idoneidade tóxica da droga (prova de que se trata efetivamente de uma das substâncias entorpecentes descritas na lista da Anvisa).

A prova de que se trata de droga ilícita descrita na lista da Anvisa é obtida através de perícia técnica no âmbito policial, sendo requisito imprescindível para a caracterização da materialidade delitiva, tanto da conduta de porte de droga para consumo pessoal, como para tráfico ilícito.

Luiz Flávio Gomes (2013, p. 134) ensina que as condutas de “guardar”, “ter em depósito” e “trazer consigo”, previstas no art. 28 da lei de drogas, retratam uma infração permanente, na qual o bem jurídico é afetado em todo o momento.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros (2011, p. 164), os crimes permanentes tem a consumação prolongada no tempo, ocasionada pela vontade do agente, havendo, portanto, a manutenção da situação contrária ao direito.

De outro lado, as condutas de “adquirir”, “semear” e “colher” são caracterizadas como delitos instantâneos, que são, conforme explica Flávio Augusto Monteiro Barros “são os que se consumam num determinado momento, sem continuidade no tempo”.

O autor distingue crime permanente de crime instantâneo de efeitos permanentes. Afirma o autor que no crime permanente há a manutenção da conduta criminosa por vontade do agente, de modo que no crime instantâneo de efeitos permanentes são as consequências do delito já acabado que perduram no tempo, e isto ocorre independente da vontade do agente. Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 281) dá exemplos de crime instantâneo de efeitos permanentes, como o homicídio e o furto, art. 121 e 155 do Código Penal, respectivamente.

As penas previstas na legislação para quem infringir o art. 28, da nº 11.343/06 são as seguintes: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. A primeira delas, qual seja, a advertência sobre os efeitos das drogas é, conforme expõe Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 231), “nova modalidade de sanção não privativa de liberdade, sem precedentes na legislação penal pátria”. Segundo o autor, a advertência tem natureza jurídica de pena, podendo gerar reincidência. Explica Ricardo Antônio Andreucci que tal sanção deverá ser aplicada pelo juiz na audiência preliminar, pois o rito processual para quem incidir no art. 28 da lei supramencionada deve seguir o disposto nos arts. 60 e seguintes da Lei nº

9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Criminais. É o parágrafo 1º, do art. 48, da lei de drogas que realiza esta disposição. Desse modo, seguindo o raciocínio do autor supra mencionado, havendo a proposta de transação pelo Ministério Público, na audiência preliminar, consistente em advertência sobre os efeitos da droga e aceita pela defesa, o juiz deverá censurar levemente o autor, esclarecendo-o sobre os efeitos nocivos da droga. Tudo deve ser lavrado em termo, que deverá ser assinado pelo juiz, promotor de justiça, autor do fato e defensor. Por fim, Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 232) esclarece, que na hipótese da advertência não ser aplicada em audiência preliminar, deve o magistrado designar audiência para tal fim.

A segunda das penas previstas é a prestação de serviços à comunidade. Sobre ela, Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 232) explica que “na sistemática da Lei de Drogas, a prestação de serviços à comunidade foi erigida à categoria de pena principal, perdendo seu caráter substitutivo que lhe é imposto pelo Código Penal”. Também pode ser aplicada em audiência preliminar, conforme acima comentado. O autor afirma que a pena em análise deve ter um prazo máximo de cinco meses, como dispõe o art. 28, parágrafo terceiro, e seguir as regras dispostas no art. 46, parágrafo 3º, do Código Penal.

Neste sentido, o parágrafo 5º, do art. 28 da Lei de Drogas dispõe que:

A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

O terceiro tipo de pena previsto é o comparecimento a programa ou curso educativo. Sobre ela, Andreucci observa que ela é modalidade de sanção nova no nosso sistema jurídico-penal, tendo duração máxima de cinco meses, conforme a prestação de serviços à comunidade.

As penas retromencionadas, além de serem aplicadas para quem praticar umas das cinco condutas descritas no caput do art. 28 da lei de drogas e já aqui comentadas, também serão aplicadas ao sujeito que, “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”, conforme disposição do parágrafo primeiro do art. 28.

É importante ressaltar que, conforme explica Luiz Flávio Gomes (2013, p. 139), as penas em tela, quando aplicadas em transação penal, não valem para

antecedentes criminais nem para reincidência, de modo que a imposição de uma pena não impede a segunda.

Sobre reincidência em caso de crime de posse de droga para consumo pessoal, o parágrafo 4º, do art. 28 da Lei de entorpecentes prevê disposição específica. Antes, é necessário afirmar que considera-se reincidente o agente que pratica novo crime após o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por crime anterior, conforme art. 64 do Código Penal. Isto posto, em caso de reincidência, as penas de prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo serão aplicadas pelo prazo máximo de dez meses.

O dispositivo normativo, em seu parágrafo 6º, ainda dispõe que se o agente submetido à uma das penas, se recusar a cumprir de forma injustificada, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: admoestação verbal; multa.

Luiz Flávio Gomes (2013, p. 151) entende que, apesar da lei mencionar que o juiz “poderá” submeter o agente a duas consequências sucessivas, caso o mesmo venha a descumprir o que ficou acordado, o juiz tem o “poder-dever” de aplicá-la e não pode contar com sua discricionariedade, pois se assim fosse o infrator ficaria sem sanção.

A admoestação verbal consiste, de acordo com o entendimento de Ricardo Antônio Andreucci (2015, p. 232), em censura verbal feita pelo juiz, convencendo o agente a cumprir a medida que lhe foi aplicada.

De outro lado, a multa, como afirma o autor, deve suceder a admoestação verbal, sendo imposta pelo juiz atendendo a reprovabilidade da conduta e fixada em dias-multa, de no mínimo quarenta e no máximo cem dias-multa. O valor do dia-multa, que será fixado conforme a capacidade econômica do agente será de, no mínimo, um trinta avos e de, no máximo, três vezes o maior salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo que os respectivos valores serão creditados ao Fundo Nacional Antidrogas.

Daniel Nicory (2013, p. 46) entende que as penas de multa, na Lei nº 11.343/06, são muito mais rigorosas do que as do Código Penal, sendo esta uma tendência encontrada em toda a Lei de Drogas, embora no delito de porte para uso pessoal, o valor máximo do dia-multa, e a sua quantidade máxima, sejam menores que os do Código Penal, a pena mínima é muito mais elevada na Lei de Drogas.

No caso de porte para consumo pessoal de quantidade ínfima de drogas, existem divergências na jurisprudência, quanto à aplicação do princípio da insignificância.

Sobre a questão, Luiz Flávio Gomes (2013, p. 140) entende que o correto é fazer incidir o princípio da insignificância, que é causa de exclusão da tipicidade material do fato, quando se tratar de posse ínfima de droga.

Ricardo Antonio Andreucci (2015, p. 233) corrobora com o entendimento de Gomes. Para ele, nada impede a aplicação do referido princípio ao crime do art. 28 da Lei de Drogas, pois entende que “a conduta do agente é de mínima ofensividade, não apresentando periculosidade social, com reduzidíssimo grau de reprovabilidade, provocando lesão jurídica inexpressiva”.

Conforme dito anteriormente, sempre existiu divergência jurisprudencial quanto à aplicação do princípio da insignificância para porte de quantidade pequena de droga para consumo pessoal. Segue abaixo decisão da 6ª turma do STJ, do ano de 2002, aplicando o princípio em análise.

PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Habeas Corpus concedido

Todavia, hodiernamente, o entendimento do STJ é no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância para porte de pequena quantidade de entorpecentes para uso pessoal, conforme decisão do ano de 2016 abaixo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma -saúde pública. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento

O argumento de ser de perigo abstrato o delito de porte de drogas para consumo pessoal, é o mais utilizado, portanto, para afastar a aplicação do princípio da insignificância, nos casos de porte de quantidade ínfima de droga.

2.5 A EXCLUSÃO DA PENA DE PRISÃO E SEUS EFEITOS CLASSIFICATÓRIOS

A lei de drogas vigente excluiu a possibilidade de privação de liberdade para o sujeito flagrado na posse de drogas ilícitas para uso pessoal. Esta exclusão, segundo o autor Daniel Nicory do Prado (2013, p.46), levantou a discussão doutrinária sobre a eventual descriminalização do porte para uso, ou sobre a criação de uma terceira espécie de infração penal, diferente dos crimes e contravenções – os crimes e contravenções penais são diferenciados de acordo com o tipo de pena privativa de liberdade aplicável, conforme art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

Luciana Rodrigues (2006, p.83) diferencia a descriminalização da despenalização, explicando que aquela se refere a retirada de determinada conduta do rol de crimes, pela lei ou por interpretação jurisprudencial, já esta significa a exclusão da aplicação da pena privativa de liberdade, mantendo a proibição dentro do direito penal.

Explica Rodrigues (2006, p.83) que a estratégia da despenalização reduz o alcance do direito penal e se baseia no fracasso da prisão imposta ao usuário, bem como da necessidade de adoção de medidas mais humanitárias em relação ao mesmo. Indica ainda questões pragmáticas, como a desnecessidade de encarceramento do usuário e o alto custo econômico de manutenção da prisão.

O autor Luiz Flávio Gomes (2013, p. 133) defende a tese de que o art. 28 da lei de drogas constitui uma infração *sui generis*, pois as penas cominadas são exclusivamente alternativas, de modo que não há que se falar em crime ou em contravenção penal. Entretanto, para o autor não há que se confundir com infração *sui generis* pertencente ao direito administrativo, isto porque as penas alternativas devem ser aplicadas pelo juiz dos Juizados Criminais.

O doutrinador Daniel Nicory do Prado (2013, p.47) entende que apesar da impossibilidade de pena privativa de liberdade para o porte de drogas para o consumo pessoal, o referente dispositivo normativo continua com a natureza de crime. Um dos argumentos utilizados pelo autor é o de que o legislador previu o porte de drogas para consumo pessoal no capítulo “Dos Crimes e das Penas” da lei de drogas. Prado (2013, p.46) cita ainda o exemplo do crime eleitoral previsto no art. 292 da Lei nº 4.737/1965 que prevê como sanção exclusivamente a pena de multa,

e apesar disso não se fala em infração penal *sui generis*, muito menos descriminalização, continuando sendo tratado como crime.

Ante o exposto, conclui-se que a impossibilidade da pena de privação de liberdade para um dispositivo penal não é suficiente para este deixar de ser tratado como crime. Corrobora com este entendimento o fato de o art. 5º, XLVI de nossa Carta Magna, que indica algumas penas, incluir a privação de liberdade como apenas uma delas, sendo que o rol é alternativo e não é taxativo.

O STF já se posicionou sobre a polêmica. Por meio do Ministro Sepúlveda Pertence, o órgão cravou o entendimento de que não teria ocorrido a descriminalização da conduta prevista no art. 28, mas sim somente a despenalização do tipo – (RE 430.105-9/RJ).

Logo, o que de fato ocorreu com o art. 28 da Lei de Drogas foi tão somente uma descarcerização. Para ocorrer a descriminalização de determinado fato é necessário que o Estado renuncie ao poder de punir a conduta. Com isso não ocorreu, a conduta continua sendo tratada como crime, sendo objeto do sistema judicial criminal.

Rodrigues (2006, p.85) não deixa de criticar a estratégia da despenalização/descarcerização do porte de drogas para uso pessoal. Para ela, tal medida configura uma tímida oposição ao modelo proibicionista, além de continuar atribuindo a norma uma questionável função simbólica, não impedindo a estigmatização do usuário, que continuam em contato com a polícia e com o sistema judicial, ainda que não sofram a pena de prisão.

Sobre a impossibilidade de imposição de pena de prisão para o crime inculcado no art.28, Gomes (2013, p. 138) explica que a Lei nº 11.343/2006 pretendeu que o usuário, sempre que possível, sequer passe pela Delegacia de Polícia, devendo ser encaminhado direto para os Juizados, todavia onde inexistente plantão do judiciário, o usuário deverá ser encaminhado para a delegacia, que elaborará o termo circunstanciado respectivo, não sendo admitido, como dito anteriormente, a prisão em flagrante. Continua explicando o autor (2013, p.138) que o termo circunstanciado será enviado aos Juizados, podendo ocorrer o instituto despenalizante da transação penal, caso o agente manifeste concordância. Em caso contrário, inicia-se o procedimento sumaríssimo dos Juizados, regulado pela Lei nº 9.099/95.

Ricardo Antonio Andreucci (2015, p.272) descreve o roteiro seguido, quando se tem a intervenção estatal sobre o delito do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Primeiramente, se tem a intervenção policial, que objetiva fazer cessar o delito, não significando a prisão em flagrante do usuário, mas nada impede a condução coercitiva do mesmo para o Juizado Criminal ou delegacia policial. Em seguida, na hipótese do agente ser encaminhado para a delegacia, deve a autoridade policial definir a tipificação da conduta, com base nos critérios do art.28, parágrafo 2º da Lei nº 11.343/2006 e realizar a lavratura do Termo Circunstanciado. Posteriormente o agente deve ser encaminhado ao Juizado Especial Criminal, ou, na falta deste, deve ser lavrado um termo de compromisso de a ele comparecer. O próximo passo é a realização dos exames periciais necessários, tais como: exame para constatar a substância entorpecente, perícia em eventuais petrechos apreendidos e exame de corpo de delito. No juizado, o agente deve ser apresentado ao juiz de direito, onde ocorrerá a audiência preliminar. Nesta, presente o suposto autor do fato e seu defensor, poderá o Ministério Público propor a transação penal, que deverá restringir-se às penas previstas no art. 28.

Sobre este momento da audiência preliminar, o doutrinador Andreucci (2015, p.272) explica que se o Ministério Público não propor a transação penal e mesmo que o juiz não concorde, não poderá ele propô-la, restando-lhe suspender a audiência e encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, por aplicação analógica do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. Por fim, se for proposta a transação penal e aceita pelo agente e seu defensor, o juiz deve homologá-la, havendo a imposição da pena. Caso não seja aceita a proposta de transação, o Ministério Público oferecerá denúncia oral, observando-se o rito dos arts. 77 e seguintes da lei dos juizados especiais.

3 A INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS

3.1 O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE/OFFENSIVIDADE

Atendo-se a uma análise mais específica do objetivo deste trabalho, começa-se a aprofundar as questões jurídicas mais relativas à inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Desse modo, propõe-se a discussão se o crime inculcado no art. 28 da Lei de Drogas fere um dos princípios norteadores do Direito Penal e que serve como fundamento para a criminalização de condutas que é o princípio da lesividade.

Para Rogério Greco (2016, p. 101) o princípio da lesividade esclarece e conseqüentemente limita o poder do legislador sobre as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal, ou de modo contrário, orienta no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.

Neste âmbito, Greco (2016, p.102) expõe que de acordo com o princípio em tela, o direito penal não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, porque não excedem ao âmbito do próprio autor, como o exemplo da autolesão e da tentativa de suicídio. Mesmo aquelas condutas desviadas (que são as condutas denominadas por Greco (2016, p.103) como as que são tratadas pela sociedade com certo desprezo ou repulsa, ou seja, reprovadas sob o aspecto moral), desde que não repercutam diretamente sobre qualquer bem de terceiro, não podem sofrer a incidência do direito penal.

Greco preconiza (2016, p.102) que aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade/Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, importante para o convívio entre pessoas que de forma natural, são diferentes.

Claus Roxin (2009, p.23), ao tratar sobre as concepções do bem jurídico penal e as correspondentes limitações ao Estado na criminalização de condutas, assevera que a autolesão consciente, assim como sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, isto porque a proteção de bens jurídicos tem como

objeto a proteção frente à outra pessoa e não frente a si mesmo. Nesta esteira, o paternalismo estatal praticado por meio do Direito Penal é justificável somente quando se trata de déficits de autonomia do indivíduo afetado, como o exemplo dos menores de idade, dos perturbados mentais, que não compreendem corretamente o risco para si. Portanto, defende o mencionado autor que o agente que, com total consciência e responsabilidade, pratica uma autolesão, não deve sofrer a incidência do Direito Penal, como o exemplo da aquisição de drogas para uso pessoal.

Daniel Nicory do Prado traz o argumento da doutrina de Fernando Capez que afirma que a impossibilidade de punir uma autolesão tornaria inconstitucional somente a criminalização do uso de drogas, fato que já é atípico no Brasil, de modo que o porte de drogas para uso pessoal representa um perigo à saúde pública, afetando, portanto, um bem jurídico de terceiro. Destarte, Prado afirma ser falho tal argumento, pois na Lei de Tóxicos, sempre que a conduta do agente oferece risco a terceiros, é prevista em outro tipo, sofrendo punições mais rígidas, inclusive no caso de consumo compartilhado de drogas. Logo, essa constatação representa que a Lei nº 11.343/06 já é bastante restritiva na descrição do porte para uso pessoal, (2013, p. 50).

Bitencourt (2015, p.61) elucida que o princípio da lesividade corresponde a noção de que é preciso ocorrer um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido para que se tipifique algum crime, em sentido material. Desta maneira, o autor (2015, p.61) afirma que os crimes de perigo abstrato, como é o caso, por exemplo, do art.28 da lei de drogas, são inconstitucionais, porque no âmbito do direito penal em um estado democrático de direito, só pode ser considerado crime, quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Os crimes de perigo abstrato são considerados pelo legislador como aqueles que tem a conduta, considerada de forma isolada, perigosa, sendo dispensável a comprovação de lesão ou perigo concreto de lesão. O autor Queiroz (2015, p.214) explica que os crimes de perigo abstrato possuem a presunção de que a conduta criminalizada é maléfica demais para se materializar.

Muito embora se questione a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, O STF (BRASIL. 2012, p. 2) declarou, por meio do HC de nº 106.163/RJ, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que sua existência não viola o ordenamento

jurídico brasileiro, argumentando que esta forma de normatização seria uma das alternativas mais eficazes para a proteção de determinados bens jurídicos.

Este trabalho monográfico toma como premissa o entendimento de que a conduta de adquirir ou portar drogas para uso pessoal, assim como semear, cultivar ou colher plantas para a mesma destinação é uma ação que fica restrita a esfera individual do sujeito que a pratica e, do mesmo modo, os eventuais e hipotéticos efeitos dessa ação permanecem adstritos a mesma esfera individual correspondendo a autolesão.

Como o princípio da lesividade/ofensividade veda a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, o doutrinador Fabio Roque da Silva Araújo (2009, p.48) emite sua opinião a respeito da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, Assim, afirma o mencionado autor, *in verbis*:

“Por conta da proibição de se criminalizar a autolesão, alguns tipos penais merecem uma revisão. Este é o caso da criminalização do consumo de drogas (ou melhor, porte de drogas destinadas ao consumo), na medida em que é falacioso o discurso legislativo de que, nestas condutas, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública. Em verdade, trata-se de um caso flagrante de criminalização da autolesão, em que o legislador houve por bem considerar criminosa a conduta do agente que, espontânea ou voluntariamente, ingere substâncias entorpecentes, produzindo danos ao seu organismo, comprometendo sua integridade física e sua higidez psicológica”.

Do mesmo modo enxerga o autor Salo de Carvalho (2007, p.255) ao afirmar que “pensar o uso de drogas desde o ponto de vista dos envolvidos com a situação-problema é, desde o interior da dogmática, perceber a conduta como autolesiva”. Defende que a atuação estatal sobre o uso de drogas deve ser através de ações não-punitivas, em especial dos organismos da saúde pública. Por fim, afirma ser inquestionável a inconstitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/06, tomando como base o princípio da lesividade/ofensividade.

Ainda sobre o pensamento de Salo de Carvalho (2007, p.258), o doutrinador afirma que no Direito Penal de viés libertário, ficam proibidas as punições dirigidas à autolesão, crimes impossíveis, atos preparatórios, pois o direito penal tem a função exclusiva de proteger a lesão a bens jurídicos de terceiros. Para ele, criminalizar fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos, de modo que o sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Para o autor, a punição é desproporcional e irracional.

O garantismo penal, segundo Araújo (2009, p.44), pugna pela existência de uma tutela penal racional que respeite uma esfera mínima de direitos do homem, que não poderão ser atacados ou ameaçados, proibindo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado, por exemplo, na criminalização de condutas banais.

Entendemos que o porte de drogas para uso pessoal não é uma conduta banal, de modo que pode sim trazer consequências negativas para o usuário. Porém, não entendemos que a criminalização dessa conduta seja legítima, pois como o próprio garantismo penal preconiza, é preciso respeitar uma esfera mínima de direitos do homem, tais como sua vida privada e intimidade. Ademais, não entendemos que o direito penal seja o melhor modo de lidar com a questão do porte de drogas com destinação pessoal, pois tal conduta não lesa bens jurídicos de terceiros, requisito essencial para criminalizar condutas. Assim, defende-se o tratamento do porte de drogas para uso pessoal por instâncias extrapenais (civil, administrativa, etc.), respeitando a característica subsidiária do direito penal.

Um argumento que sempre vem à tona, utilizado por aqueles que defendem a criminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal, é o de que o sujeito pode praticar outros crimes sobre o efeito de drogas. Ocorre que, eventuais delitos que o agente venha a cometer sobre o efeito de tóxicos, ou até mesmo para financiar o seu consumo, já são tipificados em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo o furto (art. 155 do CP), roubo (art. 157 do CP), homicídio (art. 121 do CP) dentre outros. Logo, não é válido tal argumento.

Os autores Coelho e Souza (2016, p.92/93) não concordam com a proibição ao uso de drogas, pois para eles o usuário, ao usar a droga, o faz em face de sua autonomia enquanto indivíduo, devendo ser respeitado como sujeito autônomo que é livre para fazer a escolha de usar ou não a droga. Sendo assim, compete ao Direito Penal a garantia do exercício da autonomia do sujeito por meio da autodeterminação sobre seus bens jurídicos. Os autores também entendem que o uso de drogas configura tão somente uma autolesão para o usuário (2016, p.96).

Gomes defende que (2015, p.349), a conduta elencada no art. 28 da Lei de Drogas não representa expansibilidade do perigo, pois os efeitos permanecem apenas no âmbito do próprio usuário, de modo que o que será lesado é a saúde do consumidor de drogas e de mais ninguém.

Como já esclarecido aqui, o bem jurídico protegido pela Lei de Drogas é a saúde pública, bem esse classificado como supraindividual, cujo titulares são a

coletividade e o Estado, conforme ensinam Coelho e Souza (2016, p.93). Ora, o princípio da lesividade de fato não seria afetado caso se considerasse que o porte de drogas para uso pessoal realmente afetasse a saúde pública. Todavia não é este o entendimento aqui seguido.

Conforme expõem Coelho e Souza (2016, p.95), a proteção à saúde pública por meio da criminalização prevista no art. 28 da lei em comento é ilegítima, porque condiz com uma autolesão que afeta somente a saúde individual e não pública. A incolumidade pública permanece sossegada com o uso individual do entorpecente, concluindo que se não há lesão ao bem jurídico tutelado pela Lei nº 11.343/06, não há crime no art. 28 do referido diploma normativo.

Nesse aspecto, vale apresentar o argumento daqueles que defendem a criminalização do art. 28 da lei de drogas com base na proteção à saúde pública: para estes, criminaliza-se o porte de drogas para uso pessoal com o objetivo de proteger a saúde pública, evitando a cumulação de pessoas atingidas pelo uso da droga ocasionando um colapso no sistema de saúde. Destarte, tal argumento não se revela convincente e os autores Coelho e Souza (2016, p.95) expõem dois motivos para tanto, quais sejam: trata-se meramente de uma suposição não comprovada o caos na saúde pública ocasionado pelo uso generalizado da droga, além do que mesmo que a saúde pública atinja um estado crítico, o resultado é remoto em relação ao uso individual.

Nesta linha de raciocínio, Salo de Carvalho (1996, p.91) entende que a expansibilidade do perigo de ofensa à saúde pública e a destinação individual da droga são antagônicas, sendo que esta última não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. Portanto, afirma o autor que é totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.

Cristiano Avila Maronna também entende que o uso de drogas causa prejuízo ao indivíduo e não a terceiros. Como o princípio da lesividade impede que o direito penal criminalize condutas que não excedam ao âmbito de quem as pratica, o autor aponta que se convencionou no discurso jurídico, que a incriminação do porte de drogas para o consumo pessoal se justificaria em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública. Deste modo, para proteger a saúde coletiva seria necessário inexistir mercado para o tráfico de drogas, ou seja, se criminaliza o porte para consumo pessoal como forma de repressão ao tráfico de drogas, adotando a

premissa de que não haveria comércio clandestino se não houvesse mercado consumidor. Haveria, portanto, uma relação de consequentialidade necessária entre consumo de drogas e tráfico, bem como outros ilícitos correlatos a exemplo dos crimes contra o patrimônio ou a pessoa. (MARONNA, 2012)

Entretanto, a repressão do tráfico não pressupõe a punição do consumo pessoal. É possível combater o tráfico de drogas sem que o consumo seja objeto de criminalização, como já ocorre com a prostituição, que em si, no ordenamento jurídico pátrio é considerado fato atípico, só sendo punível penalmente, quando terceiro explora em detrimento da vítima que se presta à mercantilização do sexo. (MARONNA, 2012)

Assim como Salo de Carvalho, Maronna afirma que não é mais possível à ciência jurídica ignorar a existência de um antagonismo nítido entre a destinação pessoal do consumo e a proteção jurídica da saúde pública. Defende o autor que não há alteridade (afetação de bem jurídico de terceiros), apenas autolesão no porte de drogas para consumo pessoal, o que inviabiliza a atuação do direito penal frente ao postulado de "*Nullum crimen nulla poena sine iniuria*", ou seja, não há crime sem lesão. (MARONNA, 2012)

Ainda no raciocínio do autor, a dita "expansibilidade do perigo do porte de drogas para consumo pessoal" é inaférível e criminalizar a conduta do art.28 da lei nº 11.343/06 corresponde ao que o autor chama de utilitarismo inaceitável, que instrumentaliza a dignidade da pessoa humana, coisificando a pessoa. (MARONNA, 2012)

Prado é mais um dos doutrinadores que possuem o entendimento na linha de que o porte de drogas para uso pessoal corresponde a um risco à saúde do próprio consumidor, porém não ofende a saúde pública. (2013, p.49)

Luciana Rodrigues (2006, p.220) cita o pensamento do autor Zaffaroni para expor que o tipo penal que pune o usuário, não está sancionando uma ação e sim uma personalidade, um estereótipo, com características de direito penal autoritário, porque se pune por periculosidade social. A autora segue na ideia (2006, p.220) explicando que o porte de drogas para uso pessoal, por ser considerado como crime de perigo abstrato, o perigo é presumido e ainda se impede que se prove o contrário, fato que no seu entendimento constitui clara oposição ao princípio da lesividade. A oposição ao princípio é verificada porque se pune uma conduta sem que esta cause lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

3.2 O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA AUTONÔMIA

Estabelecido o senso de que o porte de drogas ilícitas para uso pessoal não afeta bens jurídicos de terceiros, bem como não representa uma expansibilidade de perigo à saúde pública, propõe-se a análise de outro ponto crucial que deslegitima a criminalização do art.28 da Lei de Tóxicos, qual seja: a autonomia do indivíduo para determinar suas escolhas e o modo como conduz sua vida.

Maria Auxiliadora Minahim (2015, p.51) afirma que é necessário equilíbrio na efetivação da autonomia, para compatibilizar a manifestação da singularidade que se expressa em cada indivíduo, conquista da modernidade, com a solidariedade, os sentimentos de pertença e o fortalecimento do grupo, que a complexidade da vida contemporânea inclui, também, entre as condições para o pleno exercício da cidadania.

Nesse sentido, também profere Roxin (2009, p.39). O autor entende que “o poder estatal de intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível”.

Sobre o assunto, o autor Luciano Anderson de Souza (2011, p.172) expõe que, como o art.28 da Lei nº 11.343/06 não tutela nenhum bem jurídico-penal, sua criminalização apenas revela a imposição de referenciais morais a indivíduos adultos, fato que entende ser inadmissível, isto porque o Estado não pode intervir em opções exclusivamente pessoais.

Maurício Requião, a despeito de ser um autor da área do Direito Civil, nos fornece uma definição esclarecedora sobre a autonomia. O autor chama de autonomia existencial, a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna. Em outras palavras, a autonomia existencial também poderia ser entendida como o espaço de liberdade para a própria realização da pessoa em sua vida digna, em uma perspectiva concreta, (2014, p.88). Ora, como os efeitos da conduta de portar drogas para uso pessoal ficam adstritas à esfera de quem as pratica (autolesão), e considerando que a autolesão não pode ser punida em nosso direito, só nos resta concordar com a tese defendida pelo autor Luciano Anderson de Souza, retromencionado, de que a criminalização de tal conduta representa a imposição unicamente de referenciais morais a indivíduos livres e capazes, fato que

lesa a liberdade do sujeito em gerir sua própria vida, ou seja, sua autonomia existencial.

Estaria então o Estado, por meio do Direito Penal, interferindo na autonomia do indivíduo e conseqüentemente em sua intimidade e vida privada, princípios constitucionais e estruturadores do ordenamento jurídico nacional, assegurados pelo art.5º, X, da Constituição Federal: “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”.

Dirley da Cunha Júnior proclama que a Constituição Federal/88 ao proteger a privacidade, consagrou a expressão em sentido amplo, abrangendo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas, (2015, p.572).

É nessa linha de raciocínio que Carvalho (1996, p.97) afirma que o direito à intimidade garante ao indivíduo o poder de total resolução sobre os seus atos que não interferem no direito de terceiros e, como o porte de drogas para uso pessoal não afeta bem jurídico de terceiros, o direito à intimidade é restringido de forma errada pela Lei de Drogas, o que já demonstra a inconstitucionalidade desse dispositivo.

Salo de Carvalho (1996, p.95) traz o posicionamento do autor Lycurgo de Castro Santos para reforçar seu entendimento sobre a tese de violação da intimidade e vida privada do indivíduo por meio da criminalização do art. 28 da Lei de Drogas. O argumento é que o direito à privacidade como forma de exprimir todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, opõe-se ao enunciado do tipo penal criminalizador do porte de drogas com finalidade de uso pessoal. A ideia que se quer expor é a de que, se cada pessoa pode fazer o que melhor lhe convier com a sua própria saúde (vide o exemplo da não tipificação pelo Código Penal da autolesão e da intenção de suicídio), não é coerente o Estado invadir a vida privada do indivíduo para reprimir o uso de tóxicos. Carvalho (1996, p97-98) entende que a tutela do direito à intimidade tem como destinatário o poder legislativo, proibindo este de editar leis, especialmente em matéria penal, em relação as ações que não afetam a ordem pública, nem prejudique terceiros. Isto porque deve ser preservado a liberdade do cidadão como faculdade em preservar suas possibilidades de autorrealização em todos os aspectos do íntimo.

O doutrinador ainda elucida que os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam na Constituição da República de 1988 o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral, significando que nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos indivíduos determinados padrões de comportamento que reforçam questões meramente morais. Assim, os valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blindam o sujeito contra intervenções indevidas na esfera da interioridade. Isto posto, deve ser garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, desde que estes não causem danos ou coloquem em perigo concreto bens jurídicos de terceiros. (2007, p.256-257)

Luís Greco (2010, p.91-92) se propõe a realizar uma análise do postulado da autonomia e da esfera privada do indivíduo relacionado ao porte de drogas para uso pessoal. O autor fala que o conceito muito utilizado de esfera privada como: “aquilo que resta, depois que se subtraem as afetações a terceiros”, é um conceito residual, criticando-o neste aspecto. A justificativa da crítica é que o conceito torna a determinação do conteúdo da esfera privada dependente de dados empíricos, o que afirma não ser o ideal, pois a noção do mundo que as pessoas têm está em constante mutação, assim como o próprio objeto de análise, ou seja, o mundo em si. Desse modo, o autor se dispõe a estabelecer uma reflexão sobre um conceito originário de privacidade, o qual se constrói a partir de si próprio e não aquele que se obtém meramente por subtração.

Primeiramente, Greco prefere utilizar o termo autonomia ou soberania, ao invés de privacidade ou esfera privada, pois muitas das decisões do indivíduo que têm de ser respeitadas podem ser tomadas diante de terceiros e são, por isso, não mais privadas e sim públicas. (2010, p.93)

Na reflexão sobre o conceito originário de autonomia, Greco estabelece algumas premissas. A primeira delas é estabelecer três critérios negativos a partir da seguinte indagação (que serve de guia para se chegar ao conceito originário em comento): por que são impuníveis os pensamentos? Afirma então Greco que os pensamentos não são puníveis, porque o Estado não pode forçar os cidadãos à virtude, de modo que o chamado perfeccionismo é inadmissível. Este seria então o primeiro critério negativo. Segue o autor explicando que os pensamentos podem tornar uma pessoa infeliz, desejos insatisfeitos, inveja, ódio, podem tornar a pessoa infeliz, de modo que seria bom que as pessoas não tivessem tais pensamentos.

Porém, o bem do sujeito não é uma razão suficiente para justificar uma proibição penal. O paternalismo direto é também inaceitável, ou seja, o Estado não pode forçar os cidadãos à felicidade. Este seria o segundo critério negativo. Greco afirma que os pensamentos também são perigosos, pois antes do início da execução há uma decisão de praticar o fato, o que significa que a decisão de praticar o fato gera o perigo de que se cometa uma tentativa. Nesse sentido, entende o autor que a mera referência à “perigosidade” de uma ação não é suficiente para excluir que essa ação pertença ao âmbito da privacidade ou de autonomia do sujeito. Conclui então que os possíveis danos indiretos causados pelo porte de drogas para uso pessoal, como os custos para o sistema de saúde, o cometimento de outros fatos delitivos por terceiros ou o apoio ao crime organizado, tampouco são prova suficiente de que se ultrapassou a esfera da autonomia (2010, p.93-95). Este seria o terceiro critério negativo.

Greco conclui que os critérios negativos adotados (perfeccionismo, paternalismo direto e perigosidade) têm importantes consequências para o tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas. O autor afirma que se “perigosidade” e danos indiretos representassem a saída da esfera privada, até pensamentos poderiam ser punidos. Logo, o autor afirma que o porte de drogas com destinação pessoal é um comportamento que o Estado não pode criminalizar, pois condiz com a autonomia do indivíduo. (2010, p.98-100)

Seguindo com a reflexão sobre um conceito originário de autonomia, Greco introduz algumas considerações adicionais. A primeira delas é que a esfera de autonomia de um sujeito não pode negar a esfera de autonomia do outro, sendo que ambas têm de ser compatíveis, pois se assim não fosse, uma autonomia prevaleceria às custas da outra. Nesse sentido, afirma o autor que o porte de drogas para uso pessoal não colide com a autonomia de outras pessoas. Então, o reconhecimento de todo sujeito autônomo enquanto tal está ligado a ideia de que a autonomia não é um privilégio, mas tem de ser universalizável. (2010, p.100)

Diante do exposto, chega-se à conclusão que criminalizar o porte de drogas para uso pessoal é uma forma ilegítima do Estado interferir na liberdade e autonomia do indivíduo. Este, como sujeito capaz e plenamente consciente, tem o direito de tomar atitudes no âmbito de sua vida privada que não interfiram em direitos de outros, e as condutas que possibilitam o uso de drogas são um exemplo destas.

3.3 O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE/PROPORCIONALIDADE

Até o momento, buscou-se expor os fundamentos que demonstram a violação aos princípios da lesividade e da autonomia e vida privada do indivíduo, por meio da criminalização do art.28 da Lei de Drogas, o que o torna nesta ótica inconstitucional. A intenção agora é abordar outro princípio que é violado com a tipificação penal do porte de drogas para uso pessoal, qual seja, o princípio da igualdade de tratamento e da proporcionalidade.

Salo de Carvalho (2007, p.256) afirma que o art.28 da lei em comento ofende o princípio da igualdade no momento em que estabelece distinção de tratamento penal (para as drogas ilícitas) e não-penal (para as drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, sendo que ambas têm potencialidade de causar dependência física ou psíquica. Isso demonstra, segundo o autor, que a opção criminalizadora é essencialmente moral.

Na verdade, é o art. 1º da Lei nº 11.343/06, que fornece o conceito de droga e que, por sua vez, delega à ANVISA e a própria Portaria 344/98 SVS-MS e suas posteriores atualizações pela ANVISA, que determinam quais são as drogas lícitas e ilícitas. Portanto, são esses os dispositivos responsáveis por não darem tratamento igual e proporcional às diversas substâncias que podem causar dependência.

Nesta senda, o autor Souza (2011, p.172) é contrário ao argumento de que o rol das drogas ilícitas possui um potencial de maior dependência, isto porque não existe qualquer critério objetivo delimitador disto, além do que, exemplifica o autor, que cientificamente o potencial de abuso da maconha é inferior ao do álcool. Desse modo, o autor conclui que a diferenciação feita pela legislação é arbitrária e inválida, pois não é possível encontrar fundamento razoável que decorra da natureza das coisas, ou até mesmo uma razão objetivamente clara para tal distinção.

Na ótica dos autores Guadanhin e Gomes (2016, p.290-291) existe uma clara parcialidade na política de tratamento de drogas distintas, pois são baseadas em interesses políticos e econômicos e não em estudos científicos. Além disso, apontam os autores supracitados que as concepções moralistas sobre as drogas taxadas de ilícitas originam à intolerância e paternalismo no trato dos consumidores.

A incongruência no tratamento das drogas ilícitas e lícitas é demonstrada através do autor Prado (2013, p.36-37), quando este cita um estudo sobre a lesividade pessoal e social das drogas, realizado pelos professores David Nutt, Leslie King e Lawrence Phillips. Segundo Prado (2013, p.36-37), o estudo demonstrou que as drogas mais lesivas aos usuários foram a heroína, o crack e a meta-anfetamina, e as mais lesivas a terceiros foram o álcool, o crack e a heroína. Quando se soma a pontuação dos dois critérios (lesividade ao usuário e a terceiros), o álcool foi a droga mais lesiva, seguida da heroína e do crack. Ainda de acordo com Prado (2013, p.36-37), o estudo evidenciou que considerando os efeitos tóxicos, o álcool é mais letal que muitas drogas ilícitas, como a maconha, o LSD e os cogumelos alucinógenos. Ademais, a lesividade do tabaco é superior ao da maconha, do ecstasy, do LSD e dos cogumelos alucinógenos.

Ora, não se mostra proporcional defender o chamado bem jurídico saúde pública por meio da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, sendo que o álcool e o tabaco são mais lesivos do que outras drogas proibidas e, no entanto, são permitidas o seu consumo e comércio.

Também compactua deste entendimento o autor Araújo (2009, p.69). Para o doutrinador, não há razões que justifiquem a diferenciação entre o tratamento conferido às drogas consideradas lícitas, cujos efeitos danosos também são comprovados, e as drogas ilícitas. O autor não vislumbra constitucionalidade na criminalização prevista no art. 28 da Lei de Drogas, pois representa a consagração da intervenção penal em um valor exclusivamente moral, o que não é cabível no ordenamento jurídico pátrio. Araújo (2009, p.69) ainda explana que o uso de substâncias entorpecentes, quando desacompanhado de qualquer efeito danoso à esfera de direitos de terceiros, equivale a pretensão de vida asceta, imposta pelo legislador à sociedade.

Em compasso com o quanto analisado aqui, em especial sobre a incongruência na diferenciação do tratamento de drogas ilícitas e lícitas a luz da saúde pública, está o princípio da proporcionalidade. Araújo (2009, p.36) explica que a criminalização de condutas não dispensa a observância de certos pressupostos de cunho material, a par do mero formalismo da reserva legal. Nesta senda, ganha em relevância o princípio da proporcionalidade, com capacidade idônea a delinear os contornos do *jus puniendi* estatal, tanto em sua feição abstrata – direcionada ao

legislador na criação da norma – quanto em relação ao aplicador da pena (feição concreta).

Como o propósito deste estudo é demonstrar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, é cabível restringir a análise do princípio da proporcionalidade somente em sua feição abstrata.

Com esse objetivo, o autor Araújo (2009, p.45), ao realizar uma leitura constitucional da intervenção penal, expõe uma premissa básica de que o direito penal deve conformar seu âmbito de atuação ao quanto preconizado pela Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito à incriminação de condutas, considerando o amplo campo de atuação, aparentemente, conferido ao legislador ordinário. Em outras palavras, as normas constitucionais (regras e princípios) preponderam sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, sendo que estas haurem seu fundamento de validade, direta ou indiretamente, da Constituição. Ou seja, no momento da previsão em abstrato por parte do legislador na tipificação de condutas criminosas, os vetores axiológicos previstos constitucionalmente devem ser o parâmetro a ser seguido, Araújo (2009, p.46).

Araújo explica (2009, p.54), *in verbis*:

“A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados”.

A partir desta concepção de proporcionalidade, infere-se que o fato de ser crime portar drogas para uso pessoal representa uma consequência mais danosa para o agente do que os efeitos de sua ação. Isto porque a consequência da tipificação é a estigmatização do usuário, que passa a ser taxado de criminoso frente ao ordenamento jurídico posto, interferindo de forma ilegítima em suas escolhas e opções pessoais (neste caso usar ou não a droga), sendo certo que estas não lesam bens de terceiros. A punição ao usuário de drogas apenas fomenta a sua marginalização e, por consequência, a violência por ele praticada e por ele sofrida, esta tanto em termos sociais, como do Estado contra a pessoa, Souza (2011, p.180).

É sabido que somente os bens jurídicos mais relevantes ao convívio social devem sofrer a proteção do direito penal. Essa noção representa um limite ao

poder de punir do Estado. Nessa esteira, Araújo (2009, p.69) chama atenção ao fato de que não se pode valer de forma indiscriminada da expressão “bem jurídico-penal” para legitimar a expansão do punitivismo. Para o autor, o discurso do bem jurídico penal é muitas vezes utilizado em descompasso com a realidade. Araújo (2009, p.69) entende que um dos exemplos disso é o crime de porte de drogas ilícitas para uso pessoal, cujo discurso oficial é a proteção à saúde pública, porém, na verdade, a norma penal tutela a saúde individual do usuário, o que demonstraria uma flagrante afronta ao princípio da lesividade. Desse modo, utiliza-se o discurso do bem jurídico, no caso do art. 28 da Lei nº 11.343/06 a saúde pública, como instrumento de manipulação da intervenção penal, objetivando conferir-lhe legitimidade. Destarte, essa manipulação do discurso evidenciada em alguns tipos penais, contribui para o expansionismo de uma tutela penal irracional e sem fundamentação constitucional. (ARAÚJO, p.69-70)

Diante disto, parece-nos que a melhor forma de tratar do porte de drogas ilícitas para uso pessoal é por via dos demais ramos do direito (administrativo, civil) e não o direito penal, como já acontece em outros países. Adotando esta ideia, respeita-se a necessidade da medida (subprincípio da proporcionalidade), pois o meio empregado seria o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização do fim pretendido. Ademais, respeitaria o princípio da *última ratio* do Direito penal, Araújo (2009, p.71). No mesmo sentido entende o autor Souza (2011, p.181) ao afirmar que a utilização do Direito Penal na vedação ao porte de drogas para uso pessoal vai de encontro a um ordenamento que se pretende democrático de Direito, devendo ser outras as opções legislativas sobre a matéria.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.28 DA LEI DE DROGAS

4.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP E O POSICIONAMENTO DE ALGUNS *AMICUS CURIAE*

O tema sobre a (in) constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 está sob *judice* em sede do Supremo Tribunal Federal. A suprema corte brasileira reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 635.659-SP interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, contra decisão proferida pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema/SP (BRASIL, 2010, fl.163-165), que manteve a condenação de Francisco Benedito de Souza à pena de dois meses de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, por violação ao art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06. O sentenciado foi surpreendido, no interior de unidade prisional do Estado de São Paulo, com 3 (três) gramas de maconha, substância proscrita em nosso ordenamento.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inconformada com a decisão supramencionada, interpôs então o RE, com fundamento no art.102, III, “a”, da Constituição Federal, que preceitua a competência do STF na guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. Na inicial do RE (BRASIL, 2010, fl.168-188), a Defensoria Pública pretendeu demonstrar de logo, a repercussão geral da matéria, requisito de conhecimento do Recurso Extraordinário. Para isso, alegou-se que o desrespeito à intimidade e vida privada do recorrente evidencia que o interesse recursal não se restringe somente aos sujeitos do processo. Apontou-se ainda que o tema em análise já fora decidido pela Suprema Corte Argentina, bem como pela Corte Constitucional da Colômbia, fatos que indicam que a matéria extrapola os estreitos limites subjetivos do caso penal *sub judice*, “atingindo, de forma reflexa, toda a administração da justiça, eis que são milhares de casos submetidos ao Poder Judiciário e que tratam exatamente da infração de porte de drogas para uso próprio” (BRASIL, 2010, fl.175).

No mais, utilizando argumentos jurídicos com o objetivo da reforma do acórdão atacado e a conseqüente decretação da inconstitucionalidade do art. 28 da

Lei nº 11.343/06, a peça processual aponta que com o advento da Constituição Federal de 1988, fora instituído o chamado Estado Democrático de Direito, consagrando, em seu art. 5º, diversas garantias fundamentais, dentre elas os direitos individuais. Com isso, observou-se a renovação da força normativa da Constituição, de modo que todo o ordenamento jurídico deve respeito e adequação aos ditames por ela proferidos, não sendo diferente na seara penal, na qual o legislador ordinário fica condicionado no momento de sua atividade de criação da lei (BRASIL, 2010, fl.176). Na peça inicial do recurso, a Defensoria Pública alega ainda, que o crime de porte de drogas para uso pessoal ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no art. 5º, X, da Constituição, assim como ofende também o princípio da lesividade, o qual consiste em um valor basilar do direito penal.

A Defensoria Pública defende que falta a necessária lesividade à conduta de portar drogas para uso pessoal, de modo que a conduta retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima. Além disso, a conduta não afronta a saúde pública e sim, no máximo, a saúde do agente, representando um comportamento que não extravasa o seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente por meio da aguda intervenção penal. (BRASIL, 2010, fl.179).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Geral da República, emitiu parecer no sentido de desprovimento do recurso, defendendo a tese de que a alegação de inconstitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/06 por falta de ofensa à bem jurídico de terceiros não se sustenta, pois o bem jurídico tutelado pela conduta incriminada é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independente do uso ou da quantidade. Alega ainda que a conduta do agente que traz consigo droga de uso próprio contribui para a propagação do vício na sociedade, sendo que o uso de entorpecentes não afeta somente o usuário e sim a sociedade como um todo. (BRASIL, 2011, p. 199).

Algumas instituições e associações ingressaram no Recurso Extraordinário como *amicus curiae* (amigo da corte), com o objetivo de auxiliar o STF na apreciação do feito. Dentre elas, destacamos a Instituição Viva Rio, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Associação Conectas Direitos Humanos e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

O Instituto Viva Rio demonstrou posicionamento favorável à inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal, com base em alguns fundamentos que passaremos a demonstrar.

Em um primeiro momento, o Viva Rio deixa consignado que muito embora a Lei nº 11.343/06 tenha adotado um tratamento mais brando para o usuário de drogas, em comparação com as legislações anteriores, retirando a possibilidade de pena de prisão, o comportamento previsto pelo art. 28 continua com natureza delitiva e o conseqüente caráter estigmatizante da incidência da norma penal, fato que produz uma intensa reação social informal sobre os consumidores de drogas, o que dificulta sua reabilitação e submete-o a tratamentos degradantes por parte de autoridades policiais e pela própria justiça, (2013, p. 3).

O instituto entende que o art. 28 da Lei de Entorpecentes, além de afrontar a intimidade e vida privada do agente, tidos como paradigmas para o reconhecimento da repercussão geral do Recurso Extraordinário em tela, fere primordialmente os postulados que preveem as bases sustentadoras de todo o ordenamento jurídico e modelo político nacional, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a pluralidade, previstos respectivamente, no art. 1º, III e V da Constituição Federal, (2013, p. 4). O instituto defende (2013, p.5), *in verbis*:

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

Esses postulados limitam o uso do direito penal como mecanismo de controle social ou de promoção de valores funcionais. Como o direito penal é a forma de manifestação estatal mais grave e violenta, sua incidência deve se restringir à punição de comportamentos que violem a liberdade de autodeterminação do indivíduo e que maculem este espaço de criação do mundo de vida. Desse modo, o intérprete da Constituição deve reconhecer que comportamentos praticados dentro do espaço de autodeterminação do indivíduo, sem repercussão para terceiros, não tem relevância penal. Logo, são estranhos ao direito penal comportamentos religiosos, sexuais, ideológicos, inerentes à liberdade individual, que possam ser praticados com reciprocidade, ou seja, cujo exercício mútuo seja possível por todas as pessoas da sociedade. (2013, p.6)

Nessa seara, afirma o instituto que a Constituição Federal, ao consagrar a dignidade humana e a pluralidade, limita materialmente a produção da lei penal àqueles comportamentos que afetem ou tenham potencial de afetar bens jurídicos relevantes para a autodeterminação do indivíduo, proibindo a criminalização da autolesão ou da autocolocação em perigo. (2013, p.10)

Isto posto, o uso do direito penal para inibir o uso de drogas somente seria legítimo se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da dignidade humana (2013, p.10).

O Viva Rio afirma que a defesa da constitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas costuma buscar sua legitimidade em três pilares, quais sejam: a incriminação do consumidor visa proteger a saúde do usuário; a incriminação é estratégica para a inibição do tráfico de drogas, garantindo a saúde pública; a incriminação contribui para a segurança pública, pois o usuário contumaz é mais propenso à prática de crimes para financiar o consumo de drogas. (2013, p.10)

Em relação à saúde individual, o instituto admite que impedir o acesso do usuário à droga é importante para a preservação de sua integridade física e psíquica, preservando assim o seu espaço de dignidade. Destarte, afirma o instituto que a proteção de um bem jurídico não pode se dar através da criminalização do seu próprio titular, pois a incidência da sanção penal sobre alguém retira uma parcela de sua autodeterminação, sendo que isto só é autorizado para assegurar um patamar de dignidade de terceiros, afetados pelo crime, o que não ocorre com o porte de drogas para uso pessoal, evidenciando sua ilegitimidade neste aspecto. (2013, p.11)

Quanto ao argumento que defende a criminalização do dispositivo normativo em análise como meio de inibição ao tráfico de drogas, protegendo a saúde pública, o instituto entende que peca pela ilegitimidade e indemonstrabilidade. É ilegítimo, porque o pragmatismo da eficácia não pode levar à restrição da liberdade do cidadão para combater comportamentos de outros, sobre os quais ele não tem domínio. Isso representa uma afronta ao princípio da culpabilidade, pelo qual só é punível o comportamento controlável pelo autor, e da admissão de uma espécie de responsabilização objetiva na aplicação da norma penal. Ademais, o usuário de drogas não tem qualquer controle sobre o comportamento do traficante, de modo que a aplicação da pena com essa motivação, seria punir alguém pelo fato do outro. Em resumo, entende o instituto que aplica-se a sanção no usuário diante

da dificuldade de encontrar e condenar o verdadeiro culpado pela violação ao bem jurídico da saúde pública, que é o comerciante de drogas. (2013, p.19)

Ora, o combate ao tráfico de drogas, determinado pela Constituição Federal em seu art.5º, XLIII, não pode ser mediante qualquer estratégia de política criminal que viole princípios fundamentais.

Sobre outro prisma, a indemonstrabilidade do argumento se verifica, pois, segundo entendimento do instituto, não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente de combate ao tráfico de drogas. O que se verifica empiricamente é o aumento do tráfico de drogas e do crime organizado. Todavia, o instituto faz a ressalva de que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não terá o condão de automaticamente diminuir o consumo e o tráfico de drogas, uma vez que tais resultados dependem do desenvolvimento de políticas alternativas de orientação e tratamento dos usuários. (2013, p.25)

Finalmente, sobre o terceiro argumento que justifica a criminalização da norma para proteção à segurança pública, uma vez que o usuário está mais propenso a cometer crimes, seja para manter o seu vício ou decorrente da incapacidade de autocontrole ocasionado pelo uso de drogas, o Viva Rio discorda, pois a presunção de que o usuário cometerá um delito para obter a droga ou em razão de seu consumo representa um exercício de futurologia de uma presunção absoluta, o que é inconcebível no direito penal. (2013, p.26)

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) é mais um *amicus curiae* do RE nº 635659-SP, que procedeu com suas contribuições no debate da matéria, fornecendo elementos e informações para a melhor resolução do feito. É uma entidade nacional, que congrega advogados, magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, policiais, professores, pesquisadores, juristas, dentre outros profissionais dedicados ao debate sobre as Ciências Criminais, cuja atuação é reconhecida no cenário jurídico nacional. (2012a, p.2)

O IBCCRIM também possui posicionamento favorável à inconstitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/06, e os argumentos que sustentam tal posicionamento, foram postos em forma de memoriais ao recurso extraordinário, sendo alguns deles expostos a seguir.

O instituto explica que a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas não possui um dos requisitos essenciais que legitima a atuação do direito penal, que é a

lesividade. Segundo o instituto, para se superar esse obstáculo lógico intransponível, adotou-se o argumento de que a incriminação do porte de drogas ilícitas para uso pessoal justificar-se-ia em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública, sendo que a proteção desta, dependeria da ausência de mercado (consumo) para a traficância (2012b, p.16). Entretanto, o IBCCRIM defende argumento contrário, no sentido de que existe um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do consumo de droga e a proteção jurídica à saúde pública, porque se o consumo é pessoal, só tem potencial de afetar a saúde individual, não havendo alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a autuação estatal por meio do direito penal. (2012b, p.17)

O IBCCRIM é categórico ao defender que enquanto há destinação pessoal, a posse de drogas é uma conduta privada, não podendo ser objeto de criminalização, por constituir esta criminalização uma desautorizada intervenção do Estado sobre a individualidade, a intimidade e a vida privada (2012b, p.17). Nessa esteira, o instituto explica que no direito penal das drogas, se pune o consumo com o objetivo de evitar o futuro perigo de expansibilidade do consumo, porém este futuro é incerto além do que a dita expansibilidade é inaférível, tratando-se de um inaceitável utilitarismo, o qual instrumentaliza a dignidade humana. (2012b, p.19)

De acordo com o entendimento do instituto, não é razoável o Estado punir o consumidor de drogas a fim de protegê-lo de um possível dano a sua saúde. Em outras palavras, não é razoável punir a vítima a fim de protegê-la, pois isto contraria o pensamento liberal segundo o qual a pessoa tem direito de seguir seu próprio plano de vida. “Trata-se de interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões que dizem exclusivamente com o bem-estar, a felicidade, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida”. (2012b, p.20)

A Conectas Direitos Humanos, em conjunto com o Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária, são outras organizações que ingressaram no RE na qualidade de *amicus curiae* e procederam com suas contribuições para a discussão do recurso conjuntamente, em forma de memoriais. Todas essas organizações também se posicionaram favoravelmente à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal.

As organizações defendem que a prevenção ao consumo de drogas passa longe do caminho criminal e se insere no espaço de educação para a saúde (2012, p.14). Nesta linha, o porte de droga para uso pessoal, consubstancia, quando

muito, perigo de autolesão, impassível de ser tutelado pelo direito penal, sob pena de afronta aos imperativos da lesividade, da vida privada e intimidade (2012, p.18). Para a Conectas Direitos Humanos e demais organizações, além de violar os princípios retromencionados, a criminalização do usuário de entorpecentes, na prática, tem se mostrado completamente inábil aos fins que se propõe alcançar, agravando a situação que envolve a questão das drogas, pois além de não evitar o consumo de entorpecentes, realça o grau de estigmatização e de carência de usuários e dependentes. (2012, p.19)

Por fim, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) é mais um *amicus curiae* que defende a inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas. O IDDD entende que o cenário vislumbrado no caput do art.28 e em seu parágrafo primeiro, da Lei nº11.343/06, pressupõe a não irradiação do fato para além da murada da vida privada, ambiente que está protegido pelo art. 5º, X da Constituição Federal, e por isso, não pode ser objeto de criminalização. Sendo para uso pessoal a finalidade das condutas incriminadas pelo art. 28 da lei em tela, a saúde do usuário será a única a sofrer eventual abalo, de modo que a norma em análise foi criada em última instância para impedir que o cidadão, pela ingestão de drogas ilícitas, cause prejuízo à sua saúde. (2012, p.22)

Seguindo esse raciocínio, a Constituição conferiu ao indivíduo, em seu art. 6º, o direito à saúde, competindo ao Estado o dever de fornecer os meios para a realização do direito. Verifica-se, entretanto, que o art. 28 da Lei de Drogas transformou esse direito à saúde em uma obrigação, punindo o indivíduo por supostamente abrir mão do exercício desse direito, o que faz da criminalização uma solução teratológica. (2012, p.22)

O IDDD consigna ainda que a intimidade e vida privada não são direitos ilimitados, podendo ser restringidos quando se deparam em confronto com outros direitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, do confronto entre intimidade e liberdade de imprensa. O que não pode ocorrer é a existência de uma norma infraconstitucional que, por si só, diminua a eficácia de direito fundamental, sendo falaciosa a afirmação de que é a saúde pública que é tutelada pelo art. 28, da Lei nº 11.343/06, pois há um total divórcio entre esta e a finalidade da destinação pessoal, previsto no dispositivo de lei em comento. (2012, p.23)

Diante do exposto, restou demonstrado o posicionamento favorável à inconstitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/06, de organizações e institutos com

legitimidade e representatividade no cenário jurídico nacional, em especial no tocante ao Direito Penal e os Direitos Humanos.

4.2 O VOTO DO MINISTRO RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP

O ministro Gilmar Mendes é o relator do Recurso Extraordinário em tela. Em seu voto, o ministro começa considerando que o tema *sub judice* traz a lume contraposições acerca da proteção a direitos fundamentais, estando de um lado o direito coletivo à saúde e à segurança, e de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada. (BRASIL. 2015, p.3)

Gilmar Mendes elucida que a Constituição Federal contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um variado elenco de condutas, a exemplo do art. 5º, XLI, XLII, XLIII, bem como o art. 7º, inciso X, dentre outros, todos da CF/88. É possível identificar nessas normas, um mandado de criminalização dirigido ao legislador, considerando os bens e valores objeto de proteção. Essas disposições normativas representam importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Isto legitima a noção de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer pessoa frente ao poder público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros. Nessa esteira, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando, igualmente, um postulado de proteção. (BRASIL, 2015, p.4)

Dentro dessa análise, Mendes afirma que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, possibilitando que se reconheça uma propagação dos efeitos desse direito sobre toda a ordem jurídica. O Estado tem o dever de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais. (p.5)

Além dos mandados expressos de criminalização, sublinha Mendes que a Constituição confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. Nesse espaço de atuação, a liberdade conferida ao legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, de modo que a sua não

observância configurará inadmissível excesso de poder legislativo. São típicas manifestações de excesso do poder legislativo a contraditoriedade, a incongruência e a inadequação entre meios e fins. (BRASIL, 2015, p.6)

Desse modo, a utilização do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada, pressupondo não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, assim como a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização. Em outras palavras, as medidas interventivas têm de se mostrar adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos e, de outro lado, não pode nenhum meio menos gravoso revelar-se igualmente eficaz para a consecução dos objetivos desejados. Isso então abre a possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal, de modo que o Tribunal está incumbido de verificar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos que objetivou tutelar. (BRASIL, 2015, p.6)

O relator, ao tratar sobre o controle de constitucionalidade em matéria penal, adota uma jurisprudência sedimentada na Corte Constitucional alemã que identifica três graus no controle de constitucionalidade das leis, quais sejam: controle de evidência, controle de justificabilidade e controle material de intensidade. (BRASIL, 2015, p.7)

Assevera Mendes que, em relação ao primeiro grau, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que entender adequadas e necessárias, sendo que a norma só poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental (BRASIL, 2015, p.7). A ampla margem conferida ao legislador não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais.

Já no segundo grau de controle, o relator explica que o Tribunal deve analisar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, além de realizar prognósticos sobre as consequências de aplicação da norma. Ou seja, O tribunal deve verificar se o legislador valeu-se de sua margem de ação de maneira sustentável. Neste âmbito de controle, é de suma importância as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e

destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como por exemplo a admissão de *amicus curiae* (BRASIL, 2015, p.8). Desse modo, no controle constitucional de normas, não se procede apenas a um simples contraste entre o que dispõe o direito ordinário e os princípios constitucionais, mas deve ser apreciado também a relação entre a lei e o problema que é apresentado em face do parâmetro constitucional (BRASIL, 2015, p.8). Logo, o Tribunal deve inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois só a partir do conhecimento desses dados que serviram de pressuposto para a atividade legislativa é que é possível averiguar se o legislador utilizou-se de sua margem de liberdade de forma justificada. (BRASIL, 2015, p.8)

Por fim, a respeito do terceiro grau de controle, Mendes afirma que as leis penais, por afetarem intensamente bens jurídicos de suma importância, como a liberdade individual, devem ser submetidos a um controle mais rígido por parte do Tribunal. Logo, quando estiver evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de grande relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, examinar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância. (BRASIL, 2015, p.9)

Tomando como base o critério jurisprudencial alemão de análise de constitucionalidade de norma restritiva de direitos fundamentais, o relator passa a examinar se o art.28 da Lei de Drogas se adequa ao controle de evidência e de justificabilidade. (BRASIL, 2015, p.16)

Em relação ao controle de evidência, pelo qual cabe examinar se as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental, Mendes pontua que o art. 28 da Lei nº 11.3433/06 está inserido no Título III da referida lei, onde estão presentes as disposições referentes às “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”. Nesse sentido, entende o relator que a partir da própria política de drogas adotada, deflui-se que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados em relação aos usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, o que denota clara incongruência no sistema. (BRASIL, 2015, p.16)

A incongruência se dá, pois apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para uso pessoal, a mera previsão da conduta como

crime tem resultado em crescente estigmatização, anulando, com isso, os objetivos do sistema nacional de política sobre drogas em relação a usuários e dependentes, expressamente dispostos nos arts.18 a 23 do diploma normativo em comento. (BRASIL, 2015, p.18)

O ministro relator aponta que o quadro acima descrito é decorrente de uma clara antinomia da Lei de Tóxicos, qual seja: a Lei confere tratamento diferente aos distintos graus de envolvimento na cadeia do tráfico de drogas – se o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, sua pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços, conforme art.33, parágrafo 4º da Lei em comento - porém não foi objetiva na diferenciação entre usuário e traficante, o que acaba ocorrendo que na maioria dos casos, todos acabam sendo classificados como traficantes. (BRASIL, 2015, p.18)

Conclui o relator que a junção da incongruência entre a criminalização das condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador referentes aos usuários e dependentes, bem como a ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante de drogas, deixa claro a inadequação do art. 28 da Lei nº 11.343/06, violando o princípio da proporcionalidade, sob esse aspecto (controle de evidência) (BRASIL, 2015, p.21)

Sobre o aspecto da justificabilidade da medida adotada pelo legislador, Mendes afirma que não existem estudos suficientes ou incontroversos que demonstrem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. O que se verifica na verdade é o oposto, pois apesar da denominada “guerra às drogas”, é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas, (BRASIL. 2015, p.21). De outro lado, Mendes cita levantamento realizado no ano de 2012 em cerca de vinte países que adotaram, nas últimas décadas, modelos de despenalização e descriminalização da posse de drogas para uso pessoal e o que constatou-se foi que em nenhum deles houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de drogas, fato que demonstra que a criminalização do consumo tem pouco impacto na decisão de consumir drogas. (BRASIL, 2015, p.22)

Finalmente, no controle material de intensidade, no qual deve ser examinado a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos direitos

de cunho individual, o relator ressalta que nesse momento não se cuida de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a proibição penal é inexoravelmente necessária.

O ministro defende a tese de que na valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal, é necessário exigir a demonstração do dano potencial associado à conduta objeto de incriminação. Ou seja, há que se verificar em que medida os riscos a que sujeitos os interesses coletivos podem justificar a conversão destes em objeto de tutela pelo direito penal. Nesse sentido, em relação à saúde pública, não é suficiente constatar a importância abstrata do bem, de modo que também se exige que seja demonstrado a concreta afetação do referido bem, pois não basta que a saúde seja, em abstrato, um bem social fundamental para que mereça proteção do direito penal (BRASIL. 2015, p.32).

Aduz o relator que tanto o conceito de saúde pública como o de segurança pública, apontados como bens jurídicos protegidos pelo art. 28, apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso pessoal (BRASIL. 2015, p.35).

Afirma Mendes que “a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações”, (p.35). O desenvolvimento da personalidade está relacionado com o direito à autodeterminação, à autopreservação e à autoapresentação. Em relação à autodeterminação, o direito de personalidade, em geral, garante ao particular determinar, por si próprio, sua identidade, incluso nesta concepção, “o direito de se assegurar de sua própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade”. (BRASIL. 2015, p.36)

Segundo o relator, o direito da personalidade e à autodeterminação pode ser extraído da Constituição Federal/88 que consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, (BRASIL, 2015, p.36). Nesse sentido, elucida Gilmar Mendes que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor, todavia dar tratamento criminal ao seu uso é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. Logo, ainda que o usuário adquira a droga por meio de contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da

atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário, de modo que a ligação é muito remota para atribuir a ela efeitos criminais. Assim, a relevância criminal da posse de drogas para uso pessoal dependeria da validade da incriminação da autolesão, sendo que esta é criminalmente irrelevante. (BRASIL, 2015, p.36)

Desse modo, Mendes entende que o art. 28 ofende à privacidade e à intimidade do usuário, desrespeitando a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde. Contudo, o relator faz a ressalva que esse raciocínio não quer dizer que exista um direito livre e irrestrito de se entorpecer, sendo perfeitamente válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias. (BRASIL, 2015, p.38)

Aduz o relator, *in verbis*:

“Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal.”

Mendes afirma que medidas administrativas terão maior eficácia no alcance de um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre droga, previsto no art. 4º da Lei nº11. 343/06, que é a prevenção ao uso indevido de drogas. Além disso, a criminalização do porte de droga para uso pessoal mostra-se demasiadamente agressiva à privacidade e à intimidade. (BRASIL, 2015, p.39)

No contexto atual de criminalização do art. 28, o usuário não dependente e o dependente estão em situação de fragilidade, devendo ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê o art. 18 e seguintes da Lei de Drogas. Ademais, impor tratamento criminal para a conduta prevista no art.28 vai de encontro com as políticas públicas sobre o tema, além de rotular perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social. (BRASIL, 2015, p.39).

O ministro relator considera que o tratamento criminal aos usuários de drogas, alcança em geral, pessoas com menos recursos financeiros, com mais dificuldade de superar as consequências de um processo criminal sendo

qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal. (BRASIL, 2015, p.40)

Desse modo, Mendes entende ser a criminalização tanto aqui discutida “inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.” (BRASIL, 2015, p.40)

Entendendo ser inconstitucional a criminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal, Gilmar Mendes aponta que apesar da subsistência, em grande parte do ordenamento jurídico, de disposições reproduzidas a partir das normas repressivas das convenções internacionais sobre o tema, observa-se uma crescente adoção, por diversos países, de alternativas à criminalização (BRASIL, 2015, p.40). Nesse sentido, em 2009, na *Commission on Narcotic Drugs*, foi elaborado o Plano de Ação da Organização das Nações Unidas até o ano de 2019, prevendo, entre outras diretrizes, o desenvolvimento de estratégias de descriminalização do uso de acordo com práticas e experiências de cada país. Isso demonstra que o momento é propício para debater a matéria sob a perspectiva constitucional, possibilitando, em certa medida, novas abordagens sobre tema. (BRASIL, 2015, p.40)

O ministro comenta sobre a situação de Portugal, que descriminalizou o porte de drogas ilícitas para uso pessoal no ano de 2001, e tem sua política em relação a usuários citada como modelo. Neste país foram adotadas medidas não penais como restrição do exercício de certas atividades, multas e encaminhamento para tratamento. Desse modo, a pessoa em Portugal flagrada com drogas para uso pessoal tem a droga apreendida e é notificado a comparecer a uma das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, de abrangência nacional, vinculadas ao ministério da saúde e responsáveis pela operacionalização da Lei da Descriminalização. Conforme aponta o relator, *in verbis*. (BRASIL, 2015, p.41):

“Essas Comissões, integradas por profissionais da área do direito, da psicologia, assistência social e saúde, acolhem os indivíduos notificados pela força de segurança e procedem a uma avaliação rigorosa de sua situação face ao consumo, valorizando suas necessidades psicossociais, sem descuidar da premência de aproximar os consumidores de drogas ilícitas do serviço de saúde.”

Nesse cenário português, Mendes aponta um balanço positivo feito pelo presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência, no ano de 2011, portanto

dez anos após a adoção da nova política criminal sobre drogas em Portugal, que descriminalizou a conduta de porte para uso pessoal. O balanço feito pelo presidente do instituto retromencionado, expõe uma relevante constatação naquele país, qual seja, a descida do consumo de substâncias ilícitas entre jovens de quinze a dezenove anos, além do fato de que, nos últimos dez anos, o principal grupo de infectados com o vírus do HIV/sida deixou de ser o dos dependentes de drogas, para passar a ser o de heterossexuais e homossexuais (BRASIL, 2015, p.41). Isso demonstra um importante avanço na política de redução e danos.

O relator apresenta ainda um panorama de outros países que instituíram a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, como Argentina e Colômbia, fazendo a ressalva de que mesmo aqueles países que continuam criminalizando a conduta, a diferenciação entre as condutas de tráfico e uso é feita por critérios objetivos, geralmente com base no peso e na natureza da droga apreendida, o que não é feito pelo Brasil. (BRASIL, 2015, p.43)

Nessa esteira, Mendes considera que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre usuário e traficante, adstritos ao peso e a natureza da droga é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes.

Entretanto, para o ministro, não se pode tomar como referência o modelo adotado por este ou aquele país, pois existem algumas variantes, dentre elas o padrão de consumo em cada país, os objetivos específicos que os diferenciam. Por isso, em relação ao Brasil, a regulamentação em relação a essa diferenciação objetiva deve ser precedida de estudos sobre as peculiaridades locais. (BRASIL, 2015, p.45)

No campo das alternativas à criminalização, Mendes afirma que a própria lei de drogas vigente contém interessantes diretivas que muito podem contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas referente à usuários e dependentes, do que a criminalização da posse para uso pessoal. (BRASIL, 2015, p.45)

Ocorre que as diretrizes da Lei de Drogas, articuladas com as diretrizes e princípios do Sistema único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social são atacadas pela política repressiva. A política de redução de danos segue desprestigiada e sem efetividade diante do empecilho representado pela primazia da tutela penal. Diante disso, fica evidente que a criminalização do consumo impede a

implementação de medidas alternativas aptas a promover os fins propostos sem atingir direitos fundamentais. (BRASIL, 2015, p.45)

Diante do tudo quanto exposto, o ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário em tela, propõe, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma impugnada, a manutenção da aplicação das medidas do referido artigo, porém sem qualquer efeito de natureza penal. Ele considera ser a solução mais apropriada, em caráter transitório, para que não haja vácuo regulatório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até o aprimoramento da legislação específica. Essa solução apresentada considera que as políticas de redução de danos e de prevenção de riscos positivadas na lei em vigor, conferem ponderável grau de legitimidade a medidas restritivas de natureza não penal, objetivando ainda que a solução não resulte na interpretação errada de que a decisão de inconstitucionalidade da norma implica na legalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal, sem qualquer restrição. (BRASIL, 2015, p.50)

Sendo assim, entende o relator que, *in verbis* (BRASIL, 2015, p.50):

“Afastada a natureza criminal das referidas medidas, com o conseqüente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, não é difícil antever uma maior efetividade no alcance dessas medidas, além de se propiciarem, sem as amarras da lei penal, novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas mais consentâneas com as complexidades que o tema envolve.”

Com o afastamento do direito penal no trato da conduta de porte de drogas para uso pessoal, conferindo às medidas do art.28, natureza unicamente administrativa, afirma o ministro relator que o agente que porte drogas para uso pessoal não mais poderá ser conduzido coercitivamente à presença do juiz ou à delegacia, previsões dispostas no art.48, parágrafo 2º, da Lei nº11. 343/06. (BRASIL, 2015, p.50)

De outro modo, elucida o ministro que permanece a possibilidade de prisão pela posse, quando o policial entender que a conduta se qualifica como tráfico, nos termos do art.33 da Lei de Drogas. Sendo assim, quando o policial entender que não se trata de posse para uso pessoal, passível de simples notificação, nos termos do art.48, parágrafo 2º do diploma normativo em comento, e realizar a prisão em flagrante, entende o relator que a imediata apresentação do preso ao juiz conferiria maior segurança na distinção entre usuário e traficante, até

que seja definido, em normas específicas, critérios mais objetivos para a diferenciação. (BRASIL, 2015, p.51)

Finalmente, na parte dispositiva de seu voto, o relator Gilmar Mendes declara a inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas, absolvendo o acusado por atipicidade da conduta, afastando do dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, mantendo no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa. (BRASIL, 2015, p.54)

Além disso, o relator confere interpretação conforme à Constituição ao art.48, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 11.343/06, de modo que quando tratar-se de conduta prevista no art.28, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo. (BRASIL, 2015, p.55)

Por fim, o relator determina ao Conselho Nacional de Justiça que diligencie por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo da inclusão de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art.28, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar. Além disso, determina articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas. (BRASIL, 2015, p.55)

4.3 O VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP

O ministro do STF Edson Fachin pediu vistas dos autos, ante a complexidade e multidisciplinariedade que considerou o tema. Não obstante a análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral possibilite extrapolar os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema, o ministro prefere adotar postura de estrita observância as balizas fáticas e jurídicas do caso concreto, qual seja, a definição sobre a constitucionalidade ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio. (BRASIL, 2015, p.2).

O ministro preferiu concentrar seu voto na droga maconha, adotando uma postura de cautela, tendo em vista a natureza penal do tema, bem como a sua complexidade, considerando que a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode levar a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, ou do ponto de vista da proteção social insuficiente. (BRASIL, 2015, p.2)

Primeiramente, em seu voto, Fachin consigna que a manutenção da proibição do tráfico de drogas simultaneamente à descriminalização do porte para uso pessoal, apenas abona estímulo à traficância, seja pela lucratividade, ou pela possível ampliação do mercado de consumo. Diante disso, o ministro considera ser um paradoxo desassossegador perfilhar descriminalização do uso de drogas cuja produção e comercialização tipificam, ao mesmo tempo, o crime de tráfico. (BRASIL, 2015, p.2)

O ministro expõe e critica três argumentos que sustentam a criminalização do porte de drogas para uso pessoal. O primeiro deles é o argumento perfeccionista, que justifica o tratamento penal do consumo de drogas baseado na reprovabilidade moral desta conduta. O argumento busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo um modelo de moral privada, individual, que julga digno e adequado. Entretanto, o ministro defende que as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade não podem impor modelos de virtude pessoal e muito menos julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Em outras palavras, os ideais de excelência humana que integram preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, devendo ser produto da escolha de cada indivíduo, de modo que essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito. (BRASIL, 2015, p.3)

O segundo, é o argumento paternalista, que justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar. Essa lógica busca proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas. Todavia, o ministro questiona esse papel do Estado que, ao buscar proteger seus cidadãos, escolhe o caminho da reprovação penal. Para o ministro Fachin, quando se trata de consumo de drogas, proteger o cidadão necessita exigir uma resposta informativa do Estado, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de

atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, porém jamais a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do sujeito. (BRASIL, 2015, p.4)

O terceiro argumento defensor da criminalização diz respeito à proteção dos demais cidadãos que podem sofrer os efeitos ou consequências dos atos de quem usa drogas. Porém, esclarece o ministro que o Direito Penal já oferece uma série de outras sanções para prevenir ou reprovar as eventuais condutas excessivas dos usuários de drogas. A premissa é que o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas e não o uso de drogas por si só. Sendo assim, essas eventuais condutas derivadas já são objeto de previsão do Direito Penal, como por exemplo, o usuário de drogas que furta ou rouba para sustentar o seu vício, de modo que o furto e o roubo já são tipificados no Código Penal. (BRASIL, 2015, p.4)

Edson Fachin considera que o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político criminal (BRASIL, 2015, p.6). Para o referido ministro, o exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade, é uma modalidade de controle de constitucionalidade de norma penal que tem especial aplicação no caso em tela, havendo, nesta proposição, dois níveis de análise: o de proporcionalidade e o de ofensividade (BRASIL, 2015, p.6). Vale lembrar que essa modalidade também foi exposta e discutida no voto do ministro Gilmar Mendes.

Desse modo, o ministro afirma que um parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade do art.28, é a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido (BRASIL, 2015, p.6). Fachin destaca duas premissas básicas que dão sentido a interpretação do Direito Penal à luz da Constituição, quais sejam: a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos fundamentais (BRASIL, 2015, p.6). Nessa ótica, segundo Fachin, a primeira premissa indica que, em situações excepcionalíssimas, é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa. Desse modo, a regra é que a separação entre penas e medidas não autoriza fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações, exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade (BRASIL, 2015, p.7). Sob esse aspecto, afirma o ministro que a incriminação do que chama de “drogadiação” situa-se na tênue delimitação entre

Direito Penal do autor e do fato, de modo que a posse de droga ilícita para consumo pessoal, não obstante tipifique a ação, incide sobre conduta que é condição essencial da pessoa, sendo que há vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade. (BRASIL, 2015, p.7).

Já a segunda premissa indica que compete ao legislador não apenas observar a reserva de lei para tipificar determinada conduta, como também deve demonstrar que com a criminalização, outro direito fundamental será protegido.. (BRASIL, 2015, p.7)

Afirma o ministro que o princípio da lesividade é o ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia, de modo que somente havendo dano efetivo e por conseguinte uma interferência na autonomia de outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção (BRASIL, 2015, p.8). Isso porque, a sanção penal é apenas uma das formas de se proteger bens jurídicos e, por ser a forma mais grave de restrição na autonomia do indivíduo, cumpre avaliar se ela é adequadamente posta. (BRASIL, 2015, p.8)

Essas considerações indicam, conforme defende o ministro, que em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização, e isso tem sentido especialmente para o usuário dependente de droga. Deve-se ajudar o usuário que queira se livrar do uso de droga, afastando a regulação penal como primeiro antídoto nesses casos. (BRASIL, 2015, p.9)

Fachin afirma que o dependente de drogas é vítima e não criminoso e deve ser encarado como um doente, necessitando de tratamento para a superação do vício, ficando obrigado o Estado e a sociedade a oferecer os meios necessários para tanto. É o que se extrai do art.196 da Constituição Federal/88. (BRASIL, 2015, p.14).

Nesse sentido é importante a educação, informação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas, sendo indispensável a atuação do poder público, da sociedade, das famílias, entidades religiosas, dentre outras, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias que causam dependência, especialmente no campo de prevenção e proteção de crianças e adolescentes. (BRASIL, 2015, p.16).

O ministro considera ser injurídico a proibição do uso e porte de maconha para uso pessoal, porém defende que a despeito da autodeterminação que lhe pode assistir, o usuário fomenta, ainda que de forma reflexa, o tráfico de drogas. Diante

disso, o enfrentamento do tráfico deve ser feito através de regulamentação legislativa de toda a sequência que liga a produção ao consumo de drogas, destacando que não cabe ao STF preencher este vazio. Deve-se também estabelecer parâmetros objetivos da natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico, porém esta não é atribuição do Poder Judiciário, e sim do Poder Legislativo. (BRASIL, 2015, p.17).

Finalmente, o ministro Edson Fachin vota pelo provimento parcial do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 especificamente para o porte de maconha para uso pessoal, mantendo a proibição, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição do uso e porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas. (BRASIL, 2015, p.18).

Torna-se imperioso comentar que, a despeito do ministro Fachin ter concentrado seu voto especificamente sobre a droga maconha e, por conseguinte, entendido pela declaração de inconstitucionalidade da criminalização do porte unicamente de maconha para uso pessoal, mantendo a criminalização sobre o porte para uso pessoal de outras drogas, o que está em questão no RE em tela é a constitucionalidade ou não do art.28 da Lei de Drogas e não de determinado item da Portaria nº 344/98 SVS que define quais são as drogas ilícitas. Desse modo, como o Recurso tem repercussão geral, deve o STF estabelecer tese acerca do art.28 da Lei nº 11.343/06, abrangendo, portanto, o porte para uso pessoal de todas as drogas ilícitas discriminadas na portaria da ANVISA, e não unicamente sobre uma ou outra.

4.4 O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659-SP

O terceiro e até então último ministro do STF a proferir o seu voto foi Luís Roberto Barroso. O seu voto, assim como o do ministro Edson Fachin, se concentra na droga ilícita maconha, droga essa objeto do caso concreto que recebeu repercussão geral. (BRASIL, 2015, p.1)

Barroso afirma que a discussão do recurso extraordinário em tela diz respeito à descriminalização e não à legalização, de modo que o consumo de maconha ou de qualquer outra droga continuará a ser ilícito. A questão é saber se o Direito vai atuar com medidas penais ou com outros instrumentos, como sanções administrativas. (BRASIL, 2015, p.1)

Nessa esteira, o ministro Barroso afirma que o consumo de drogas ilícitas, sobretudo aquelas consideradas pesadas, é algo ruim e por isso o papel do Estado e da sociedade deve ser o de desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico. Logo, para o ministro, o que está em discussão no presente recurso extraordinário é determinar que medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os três objetivos enunciados acima. (BRASIL, 2015, p.3).

O ministro adota a premissa fática de que a guerra às drogas, com política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição, fornecimento e consumo de drogas ilícitas, fracassou. Isto porque, passados mais de quarenta anos desde o início da política de guerra às drogas, instituída pelos Estados Unidos da América, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico, constatando-se que o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo. (BRASIL, 2015, p.3)

Para o ministro, o consumidor de drogas não pode ser tratado como um criminoso, devendo ser tratado como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco. Risco esse da sua escolha e da qual se torna a principal vítima. Entretanto, o risco por si só não é fundamento de criminalização, pois se assim fosse, teríamos que banir diversas atividades, como o alpinismo, mergulho submarino e etc. (BRASIL, 2015, p.4)

Barroso passa a expor razões pragmáticas que justificam a descriminalização. A primeira delas é o fracasso da política atual de drogas, que ao invés de reduzir a produção, o comércio e o consumo, produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou fortalecimento do crime organizado (BRASIL, 2015, p.4). De modo contrário ao aumento do consumo de drogas, o ministro Barroso expõe uma pesquisa com dados trazidos pelo IBCCRIM, que demonstram a queda do consumo de tabaco. Segundo os dados, no ano de 1984, 35% dos adultos consumiam cigarro. Já em 2013, esse percentual caiu para 15%, o que demonstra que informação e advertência produzem, a médio prazo, resultados melhores do que a criminalização. (BRASIL, 2015, p.4)

A segunda razão é o alto custo para a sociedade e para o Estado que o modelo criminalizador produz, resultando em aumento da população carcerária, da

violência e da discriminação (BRASIL, 2015, p.5). Segundo Barroso (BRASIL, 2015, p.5), *in verbis*:

“Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas.”

Outro problema que o ministro destaca é a falta de critério objetivo para diferenciar tráfico e consumo, e a consequência prática disso é que ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes. Desse modo, é preciso estabelecer tais critérios objetivos. (BRASIL, 2015, p.5)

A terceira razão exposta é que a criminalização afeta a saúde pública, esta que é o principal objetivo do controle de drogas, assumindo uma posição secundária em relação as políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de criminalização exige recursos cada vez maiores, retirando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde (BRASIL, 2015, p.5). Ademais, a criminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal, promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. (BRASIL, 2015, p.6)

Diante das razões pragmáticas expostas, conclui o ministro que os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. Além do que a forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade do que aquelas produzidas pelas drogas sobre seus usuários. (BRASIL, 2015, p.6)

De outro lado, Barroso destaca pelo menos três fundamentos que legitimam a descriminalização à luz da Constituição. O primeiro diz respeito a violação do direito de privacidade (intimidade e vida privada). Esse direito identifica um espaço na vida privada das pessoas que deve ser imune a interferências externas. Quer dizer que o que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, devem ficar na sua esfera de decisão, sobretudo, quando não afetar esfera jurídica de terceiro, e ai se enquadra o porte de drogas para consumo pessoal (BRASIL, 2015, p.7). Logo, é preciso não confundir direito com moral, pois há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. (BRASIL, 2015, p.7)

Outro fundamento é a violação à autonomia individual. Sobre isso, afirma o ministro (BRASIL, 2015, p.8), *in verbis*:

“A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.”

Nesse sentido, as pessoas têm o direito de escolher os seus prazeres legítimos, cabendo ao Estado limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros. Entretanto, entende o ministro que quem fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros, nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto, de modo que se esse fosse um fundamento para a proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. (BRASIL, 2015, p.8)

O Estado tem todo o direito de combater o uso, fazendo campanhas contra e advertindo a população, porém utilizar o direito penal para isso é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existências. (BRASIL, 2015, p.9)

Por fim, o último fundamento jurídico utilizado pelo ministro é o da violação ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, para que a limitação a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional e, em matéria penal, essa ideia se revela em alguns conceitos específicos, como a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente. (BRASIL, 2015, p.9)

O ministro defende que o principal bem jurídico lesado pelo uso da maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio, fato que viola o princípio da lesividade, tornando a criminalização do consumo de maconha ilegítima. (BRASIL, 2015, p.9)

A ausência de lesividade a bem jurídico alheio, somada a desproporcionalidade da medida, evidenciada pela sua inadequação, discutível necessidade e pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, o ministro entende que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal não é a forma mais razoável e proporcional de tratar o problema. Diante disso, o ministro vota pela declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Em relação ao

parágrafo primeiro do art. 28 da referida lei, o ministro utiliza o parâmetro adotado no Uruguai, que determina o limite de seis plantas fêmeas como critério específico para delimitar o que seja pequena quantidade para consumo pessoal. (BRASIL, 2015, p.10).

Prosseguindo em seu voto, Barroso busca estabelecer um critério objetivo para diferenciar consumo pessoal de tráfico, com o objetivo de diminuir a discricionariedade do juiz e uniformizar a aplicação da lei (BRASIL, 2015, p.11). Sendo assim, propõe que a quantidade máxima para caracterização do porte para uso pessoal, seja de vinte e cinco gramas de maconha, porém essa presunção pode ser afastada pelo juiz de acordo com os elementos do caso concreto, estabelecendo-se, nesta hipótese, um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores (BRASIL, 2015, p.12). Nessa esteira, o juiz também não está impedido de considerar porte de drogas para consumo pessoal uma quantidade superior à vinte e cinco gramas. (BRASIL, 2015, p.16).

Desse modo, o ministro Luís Roberto Barroso vota pelo provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, declarando inconstitucional a tipificação das condutas previstas no art.28 da Lei nº 11.343/06. (BRASIL, 2015, p.16)

4.5 O TRATAMENTO DO TEMA NA ARGENTINA E COLÔMBIA

A análise da constitucionalidade do dispositivo que incrimina o porte de drogas ilícitas para uso pessoal já ocorreu nos países da Argentina e Colômbia, em moldes parecidos com o que está ocorrendo no Brasil. Em ambas as nações vizinhas, a incriminação foi considerada inconstitucional pelas cortes constitucionais respectivas.

Na Argentina, a Lei de Tóxicos vigente possui dispositivo bastante parecido com o brasileiro, conforme elucida o autor Greco (2010, p.85). O diploma legislativo referido, qual seja, Lei nº 23.737/1989, previa como crime, em seu art. 14, parágrafo 2º, a posse de drogas para uso pessoal, com pena de um mês a dois anos de prisão. (2010, p.86)

A decisão que determinou a inconstitucionalidade do dispositivo retromencionado, ocorreu na data de 25.08.2009, e os fundamentos da decisão foram especialmente dois: a ineficiência do dispositivo como meio de combate às

drogas na sociedade, tendo em vista o constante aumento do consumo de entorpecentes no país, além da violação ao art. 19 da Constituição argentina. Este artigo dispõe que ações privadas apenas pertencem a Deus e não ao Direito Penal, (2010, p.85). O fundamento é que o porte de drogas ilícitas para uso pessoal, não afetaria, em regra, qualquer terceiro e por isso estaria compreendido pelo art.19 da Constituição da Argentina. O art.19 seria a manifestação da ideia liberal que proclama que cada um tem o direito de seguir seu próprio plano de vida. (2010, p.87)

Além dos dois fundamentos principais, a decisão da corte constitucional argentina contém também uma série de argumentos adicionais, conforme expõe Greco (2010, p. 87-88). O primeiro deles se refere a instrumentalização dos usuários, verificada na afirmação de que é necessário puni-los para que se chegue aos verdadeiros criminosos (traficantes). O segundo argumento seria relativo ao art.25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Desse dispositivo, derivaria um compromisso de proteção às vítimas, compromisso esse que seria violado pelo tipo penal do porte de drogas para uso pessoal, que levaria à persecução penal e com isso a uma segunda vitimização das maiores vítimas das drogas, que são os próprios usuários. Outro argumento é o de que a proteção do indivíduo contra si próprio não caberia ao direito penal, ou a de que a punição do consumidor significa um desperdício de recursos estatais, que deveriam estar sendo empregados no combate ao tráfico de drogas.

Luiz Flávio Gomes (2009, *online*) atenta para o fato que a decisão na Argentina não legalizou as drogas no país, mas somente declarou inválida a norma que incrimina o porte para uso pessoal. Entende Gomes que a decisão segue uma tendência mundial, que também está presente na América Latina, qual seja, a de que a política de guerra às drogas vem perdendo força frente aos usuários.

Já a Colômbia, no ano de 1994, por meio de sua Corte Constitucional, também declarou inconstitucional a criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Conforme esclarece o autor Prado (2013, p.50), a decisão se deu no auge da guerra ao narcotráfico no país, e em um contexto passado de legitimação, pela Corte, de disposições normativas altamente repressivas sobre a temática de drogas. A referida decisão declarou inconstitucional o art.51 da Lei de Drogas colombiana, qual seja, Lei nº 30, de 1986, que definia como contravenção penal a posse de drogas para uso próprio até a quantidade considerada como de dose pessoal, com

pena de prisão de até trinta dias, se primários, ou de um mês a um ano, se reincidentes, combinado com multa. (2013, p.50)

Segundo Prado (2013, p.51), a decisão teve como fundamento o respeito ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, sustentando-se em disposição da Constituição colombiana que protege a autonomia privada desde que os atos do sujeito não se choquem com direitos de terceiros. O autor observa ainda que a declaração de inconstitucionalidade gerou polêmica, foi censurada pelo Presidente da República da Colômbia e mobilizou as forças políticas do país para a convocação de um referendo destinado a novamente criminalizar o porte de drogas para uso pessoal, todavia a corte indeferiu, mais uma vez, declarando inconstitucional a tentativa de convocação popular, pois seria uma forma de burlar uma decisão do Tribunal. (2013, p.51)

Conforme observa-se, os fundamentos e a forma como se deu a declaração de inconstitucionalidade do porte de drogas para uso pessoal nos dois países citados é semelhante ao que está para ocorrer no Brasil. Os argumentos da falta de lesividade a terceiros da conduta, da ofensa à vida privada e intimidade, da ausência de proporcionalidade na criminalização, entre outras demonstradas neste trabalho monográfico, prevalecem sobre os argumentos contrários a decretação de inconstitucionalidade do art.28, da Lei nº 11.343/06. Ademais, percebe-se que a descriminalização em tela é a tendência em boa parte do mundo, que vem percebendo que tratar o tema por meio do direito penal não é a forma mais eficaz e positiva de alcançar os resultados almejados. E, ao que parece, será este também o caminho seguido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que todos os ministros que até o momento votaram, adotaram o posicionamento favorável a decretação de inconstitucionalidade.

5 CONCLUSÃO

O tema objeto de análise e de defesa de tese desta monografia é sensível, porquanto envolve questões relevantes de algumas áreas sociais, como a saúde, o direito, o convívio social, a segurança, dentre outros. O objetivo assentado neste trabalho foi efetuar uma análise das questões jurídicas relativas ao art.28 da Lei de Drogas em conjunto com a análise de dados empíricos, para concluir e defender a tese de inconstitucionalidade do referido dispositivo normativo.

Foi demonstrado que as drogas, em nosso ordenamento legal, são diferenciadas de lícitas e ilícitas por mera opção de política criminal, quando deveriam ser tratadas com mais rigor científico, proporcionando conclusões médicas definitivas quanto à graduação e à avaliação concreta dos riscos de cada substância a ser controlada. Considerando o critério da lesividade à saúde humana, o álcool, o tabaco e remédios ansiolíticos são lícitos e sofrem regulamentação pelo Estado, ao tempo em que é noção geral os malefícios causados pelo consumo de tais substâncias. O princípio da igualdade de tratamento impõe a padronização desse tratamento as drogas, tomando como critério-referência algum substrato jurídico.

As drogas sempre foram utilizadas pelo homem há muito tempo, porém seu controle penal pelo Estado só se deu a partir das primeiras décadas do século XX, havendo previsões de crimes e penas relacionados aos entorpecentes. Posteriormente, houve a criação de três grandes Convenções Internacionais, no âmbito da ONU, para tratar das drogas ilícitas e ditar o rumo de controle internacional. Contemporâneo às convenções, foi o estabelecimento da política criminal de guerra às drogas, capitaneada pelos EUA, na qual a ordem era a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e o seu consumo, com o objetivo de exterminar as drogas da sociedade.

Apesar do objetivo declarado da política criminal de guerra às drogas, restou demonstrado nessa monografia que a total eliminação das drogas na sociedade é algo improvável/impossível, sendo que elas ainda estão muito presentes na nossa atualidade, tanto no âmbito de consumo, como na estruturação do crime organizado. Diante do evidente fracasso da política criminal, novos rumos tornaram-se necessários, notadamente em relação ao trato do consumo de drogas.

Nesse sentido, a vigente Lei de Drogas trouxe medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como eliminou a possibilidade de pena de prisão para o agente que com sua conduta incidisse nas previsões do art. 28. Contudo, falhou na determinação de critérios diferenciadores das condutas de tráfico de drogas e porte para uso pessoal. Isso é algo que precisa ser modificado, de modo que em eventual declaração de inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas, será necessário o estabelecimento de critérios objetivos de diferenciação, como por exemplo a quantidade limite para ser considerado porte para uso de determinadas drogas. Falhou também a lei, pois manteve o tratamento penal ao usuário de drogas e esse não se mostrou o melhor caminho, em diversos aspectos.

Ora, as drogas carecem de controle, porque é inegável os riscos que estas podem trazer, porém controlar não se resume a proibir no âmbito criminal, ainda mais quando se trata de porte de drogas para uso pessoal. Isto é muito mais uma questão de saúde, do que de Direito Penal. A criminalização do porte de drogas para uso pessoal efetivamente não protege a saúde pública, muito menos a saúde individual do usuário, pois o que se constata é a sua estigmatização social, onde o sujeito é taxado de criminoso, fugindo muitas vezes da ajuda necessária.

Além disso, demonstrou-se que o porte de drogas para uso pessoal é conduta relativa ao âmbito privado e íntimo da pessoa, ligado muitas vezes à formação da personalidade. A vida privada e a intimidade são invioláveis, conforme disposição expressa da CF/88 e por isso também defende-se a inconstitucionalidade da criminalização. Os efeitos da conduta de portar drogas para uso pessoal permanecem na esfera individual do agente, não havendo lesão a bem jurídico de terceiros. Este último é requisito para a criminalização de condutas, em outras palavras, só é passível de criminalização, as condutas que lesem bens jurídicos de terceiros. Sendo o princípio da lesividade uma das bases do Direito Penal, verificasse mais uma razão para a decretação de inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas. A criminalização do porte de drogas para uso pessoal se revela uma tentativa, por parte do Estado, de imposição de padrões morais e éticos, sendo que isto é um paternalismo ilegítimo.

De outro lado e não menos importante, demonstrou-se que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal é uma medida desproporcional, isto porque o resultado da criminalização é mais gravoso do que a própria conduta

criminalizada. O melhor a se fazer é o uso de outros ramos do direito, como o civil e o administrativo, para regular o porte de drogas para uso pessoal. Definitivamente, tratar como crime a conduta em tela é ir de encontro à todos os princípios e fundamentos do direito penal e constitucional aplicáveis ao caso.

O caminho da descriminalização do porte de drogas ilícitas para uso pessoal vem sendo adotado pelos ordenamentos jurídicos de diversos países por todo o mundo, seja no continente Europeu, nos EUA e até mesmo na América do Sul, onde se destaca a Argentina e Colômbia, países cujas cortes constitucionais declararam a inconstitucionalidade da referida previsão, com fundamentos semelhantes aos ora postos nesse trabalho. Ao que parece, o caminho seguido pelo STF também será o da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. O tema está posto à Suprema Corte brasileira, aguardando deliberação definitiva. O ministro relator já proferiu seu entendimento favorável a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 e, os outros dois ministros que também já deliberaram, manifestaram seguir o mesmo entendimento, apesar de restringirem sua apreciação a determinada droga ilícita.

Desse modo, e por tudo quanto foi aqui exposto, defende-se a inconstitucionalidade do art.28 da Lei nº 11.343/06 e consequente descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, por ser medida juridicamente e socialmente mais correta e eficaz.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, Fábio Roque Da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação ao poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 17, n.80, set-out. 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

BIANCHINI, Aline. Comentários ao Título I da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Portaria nº 344 de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. Decreto nº 54.216 de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 ago. 1964. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Decreto nº 79.388 de 14 de março de 1977. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**,

Brasília, 14 mar. 1977. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1971_convencao_substancias_psicotropicas.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Decreto nº 5.912 de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 set. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso. 02 nov. 2016.

_____. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Recurso Extraordinário da Apelação criminal nº 158/2009**. Defensor Público: Leandro de Castro Gomes. 09 de agosto de 2010, Diadema/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 maio de 2017.

_____. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 18 set. 2016.

_____. Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República**

Federativa do Brasil, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Ministério Público Federal. **Parecer nº 8467/WG**. Procurador: Wagner Gonçalves. Brasília, DF, 31 de maio de 2011. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em 19 de maio de 2017.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal n. 115 de 2002**. Autor: Comissão Mista De Segurança Pública. Dispõe sobre o Sistema Antidrogas; sobre a prevenção, a repressão e o tratamento; define crimes, regula o procedimento nos crimes que define e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50227>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (a)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. Habeas Corpus nº 106.163/RJ. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJe 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=97157872&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 08 abril. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem em RE 430105 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 27 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 15 abr. 17.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto em sede do RE 635.659-SP do Ministro Edson Fachin**. Brasília, DF, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto em sede do RE 635.659-SP do Ministro Luís Roberto Barroso**. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>Acesso em: 19 de maio de 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto em sede do RE 635.659-SP do Ministro Relator Gilmar Mendes**. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Voto%20Gilmar%20RE635659.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 68.686 – MS**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Órgão Julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 12 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1535524&num_registro=201600638190&data=20160912&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 17956 SP 2001/0096779-7**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 19 de agosto de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=7844&num_registro=200100967797&data=20020819&formato=PDF>. Acesso em: 19 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso nº 47/10**. Relator: Helmer Augusto Toqueton Amaral. Órgão Julgador: Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema. Diadema, SP. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 maio 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Gustavo Tozzi; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Uso de drogas e autonomia: limites jurídicos-penais e bioéticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, vol. 126, dez. 2016.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Memorial nos autos do RE 635.659-SP de 25 de maio de 2012**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 maio 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Comentários ao Capítulo I do Título IV da Lei. 11.343, de 23 de agosto de 2006. *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord) **Lei de Drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. Comentários ao Capítulo II do Título IV da Lei. 11.343, de 23 de agosto de 2006. *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord) **Lei de Drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ESCRITÓRIO SOBRE DROGAS E CRIMES DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Drogas**: marco legal. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente** 2. Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2012.

FRANKENBERGER, Alexandre Jordão. **Definição de droga**. Disponível em: <<http://oassuntoedroga.blogspot.com.br/2009/08/definicao-de-droga.html>> Data de acesso: 17 set. 2016.

GOMES, Leandro de Castro. Porte de uso de drogas para uso pessoal: direito penal mínimo, paternalismo, estatal e uma nova hermenêutica constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, vol. 117, nov.-dez. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários ao Capítulo III do Título III da Lei. 11.343, de 23 de agosto de 2006. *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de Drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Corte argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI92630,71043-Corte+argentina+descriminaliza+a+posse+de+droga+para+uso+pessoal>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 18, n. 87, nov.-dez. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, vol. 23, set. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Petição de ingresso como amicus curiae no RE 635.659-SP de 07 de março de 2012a**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. **Memorial nos autos do RE 635.659-SP de 29 de outubro de 2012b**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Memorial nos autos do RE 635.659-SP de 16 de março de 2012**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARONNA, Cristiano Avila. **Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. Especial drogas. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739- > . Acesso em: 07 abr. 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Na Lei De Drogas**. Revista Liberdades. n. 2. set-dez. 2009. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/2/2009_02_artigo1.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, Flávia Birchal de. **Medida socioeducativa de internação: Excepcionalidade**. Minas Gerais, jan. 2015. Disponível em: <http://www.ciaap.org.br/artigos/headline.php?n_id=1&u=1%5C> Data de acesso: 24 abril. 2017.

NICASTRI, Sérgio. Drogas: classificação e efeitos no organismo. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Curso de prevenção do uso de drogas para educadores de escolas públicas**. 6. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____. Lei penal em branco: de drogas e legitimidades. **Boletim do Instituto Brasileira de Ciências Criminais**. n. 288. nov. 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. Salvador: JusPODIVM, 11ª edição, revista, ampliada e atualizada, 2015.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. Ano 15, vol.60. out-nov.2014.

RODRIGUES, Luciana Boiteux De Figueiredo. **Controle Penal Sobre As Drogas Ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese. Orientador: Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira. (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Luciano Anderson de. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.88, jan.-fev.. 2011.

VIVA RIO. **Memorial nos autos do RE 635.659-SP de 19 de fevereiro de 2013**.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.