



FACULDADE  
**BAIANA DE  
DIREITO**

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAELLA BASTOS MELO MOREIRA DA SILVA**

**A (I)LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE  
DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL EM FACE DA  
TEORIA DO BEM JURÍDICO**

Salvador  
2018

**RAFAELLA BASTOS MELO MOREIRA DA SILVA**

**A (I)LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE  
DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL EM FACE DA  
TEORIA DO BEM JURÍDICO**

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

Orientador: Professor Doutor Daniel Nicory do Prado

Salvador  
2018

**RAFAELLA BASTOS MELO MOREIRA DA SILVA**

**A (I)LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE  
DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL EM FACE DA  
TEORIA DO BEM JURÍDICO**

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, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2019

A Guto, Kris e Bê, meu porto seguro.  
Por tudo e por sempre.

## AGRADECIMENTOS

Sem dúvida alguma, esse ciclo não se encerraria sem o apoio contínuo e incondicional de duas pessoas. A presença de ambas significou a segurança e a certeza de que não estou sozinha nessa caminhada. Aos meus maiores incentivadores, meus pais, Augusto César e Elza Kristina, que nunca mediram esforços para o meu sucesso e felicidade, a minha sincera e eterna gratidão. Tudo aquilo que sou, ou que pretendo ser, devo a vocês!

Ao meu irmão, Gabriel. Nossas conversas me deram esperanças para eu seguir. Você me indicou os melhores caminhos e, quando não podia ir sozinha, me levou até eles. Sem você, não sou.

A minha amada vó, Dona Alda, por sua capacidade de acreditar em mim quando eu mesma não acreditava. Obrigada pelas orações e pela palavra certa nos momentos incertos.

Ao meu estimado orientador, Daniel Nicory do Prado, por toda paciência, disponibilidade e ensinamentos. As suas críticas, sempre construtivas, as discussões e reflexões propostas foram fundamentais, não só para a elaboração deste trabalho, mas também, para o crescimento da minha percepção de enxergar e estudar o Direito.

Ao querido professor e, também chefe, Roberto de Almeida Borges Gomes, meu verdadeiro mentor, por toda compreensão e ajuda durante essa trajetória. O seu incentivo foi primordial para a consecução da presente pesquisa. Obrigada por cada palavra e pelo apoio de sempre.

Aos amigos que a Faculdade Baiana de Direito e Gestão me presenteou, em especial, Isabelle, Paula, Larissa, Manuela, Tatiana, Bruna, Beatriz e Isadora. Por vocês, eu nutri um carinho imensurável. Obrigada por dividirem comigo todas as angústias, por vibrarem com minhas pequenas conquistas, pelas tardes juntas de estudo e pesquisa, enfim, por facilitarem minha rotina e tornarem esse momento mais leve. O meu muitíssimo obrigada.

A Felipe Andrade e a Pedro Felipe de Oliveira Santos por toda disponibilidade e assistência, as quais foram imprescindíveis para o engrandecimento deste trabalho.

Enfim, aos meus amigos pessoais, Julia, Liz, João, Bruna, Gabriela Adriane, Mariana e Najla, meus irmãos de alma. Obrigada por estarem sempre ao meu lado, torcendo diariamente por meu sucesso e me motivando incansavelmente. Sem o apoio de vocês, eu não teria conseguido.

“Quem quiser nascer tem que destruir um mundo; destruir no sentido de romper com o passado e as tradições já mortas, de desvincular-se do meio excessivamente cômodo e seguro da infância para a consequente dolorosa busca da própria razão do existir: ser é ousar ser.”.

Herman Hesse

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal estudar a ilegitimidade da intervenção penal no porte de drogas para o consumo pessoal sob os aspectos doutrinários, notadamente a teoria do bem jurídico, e também jurisprudenciais. Possui como escopo, portanto, demonstrar a ausência de legitimidade no delito de porte de drogas para o uso exclusivamente pessoal, uma vez que inexistente bem jurídico de terceiro efetivamente lesionado ou exposto à perigo quando da posse de entorpecentes para o consumo próprio. Assim, para viabilizar a discussão aludida, inicialmente, analisar-se-á os aspectos teóricos e históricos que permeiam a política proibicionista de drogas atualmente vigente, bem como os principais pontos do tratamento conferido ao usuário de drogas atualmente no Brasil, nos termos da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Em seguida, examinar-se-á a teoria do bem jurídico penal e os princípios que dela decorrem, como verdadeiros parâmetros para constatar que o bem jurídico supostamente tutelado pelo porte de drogas para o consumo pessoal, qual seja a saúde pública, não revela-se como argumento suficiente para a criminalização da conduta, posto que a mesma não é capaz de lesionar ou expor a perigo bem jurídico pertencente a esfera jurídica de outrem. A fim de corroborar tal entendimento, analisar-se-á alguns julgados estrangeiros sobre o tema, e, principalmente, o entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, o qual, em que pese encontrar-se sobrestado, já possibilita a identificação da compreensão da Suprema Corte Brasileira acerca da matéria, principalmente, a partir do estudo dos votos já proferidos. O porte de drogas para o consumo pessoal é conduta autolesiva, cujo interesse atingido restringe-se, unicamente, a saúde individual do próprio agente, razão pela qual não é legítima a sua incriminação.

**Palavras-chave:** proibicionismo; drogas; usuário; bem jurídico; saúde pública.

## ABSTRACT

This essay has as major goal study the illegitimacy of the legal intervention on the personal carry and consumption of drugs, under the doctrinal aspects, fundamented by the theory of juridical property<sup>1</sup>, and jurisprudence. Has as scope, therefore, demonstrate the absence of legitimacy on the offense of the personal carry of drugs for exclusive and private use, once there is no legal good of a third part effectively injured or exposed from danger when in possession of narcotic for personal use. Thereby, in order to make such discussions, at first, analyses whether the historical and theoretical aspects that surface the current active prohibitionist policy on drugs, as so the major points of treatment directed for the drug user currently in Brazil, according to the Law 11.343, from August 23rd, 2006. Subsequently, will be examine the penal theory of juridical property and the principles that due from it, as true parameters to establish that the legal good supposedly protected by the personal carry of drugs for the private use, wherever the public health, doesn't reveal itself as a sufficient argument for the criminalization of the conduct, given that it is not capable of injure or expose to danger legal good that belongs to the juridical sphere of a third-party. In order to support this understanding, analyses some foreign prosecutions about the subject matter, and, mainly, the understanding that the Federal Supreme Court had assumed in the judgment of Extraordinary Appeal no. 635,659, which, despite being overbooked, already enables the identification of the Brazilian Supreme Court's understanding of the matter, from the study of the minister's votes already delivered. The carry of drugs for personal use is self-injurious conduct, whose interest is limited, only, to personal health of the individual, reason whereby is illegitimate your incrimination.

**Keywords:** prohibition; drugs; user; legal good; public health.

---

<sup>1</sup> Tradução livre.

## LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

a. C.	Antes de Cristo
ABEAD	Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas
Adepol	Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
art.	Artigo
Cades	Central de Articulação das Entidades de Saúde
CEDD	<i>Transnaciontional Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho</i>
CONAD	Conselho Nacional Antidrogas
CF	Constituição Federal de 1988
Depen	Departamento Penitenciário
ECOSOC	<i>Economic and Social Council</i>
EUA	Estados Unidos da América
FEAE	Federação de Amor-Exigente
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LSD	Dietilamida do Ácido Lisérgico
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
SCD	Substitutivo da Câmara dos Deputado
SENAD	Secretaria Nacional Antidrogas
SISNAD	Sistema Nacional de Polícias Públicas sobre Drogas

SPDM	Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina
STF	Supremo Tribunal Federal
THC	Tetraidrocanabinol

## **LISTA DE FIGURAS E GRÁFICOS**

Quadro 1. Tratamentos jurídicos ao usuário de drogas no Direito Comparado.....81

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 DA POLÍTICA PROIBICIONISTA DE CONTROLE DE DROGAS: ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS</b> .....	15
2.1 A ORIGEM, O CONCEITO CIENTÍFICO E LEGAL E A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA PALAVRA <i>DROGA</i> .....	15
2.2 ORIGENS HISTÓRICAS.....	17
2.3 FUNDAMENTOS DO PROIBICIONISMO.....	21
2.4 A POLÍTICA PROIBICIONISTA E O CONTROLE INTERNACIONAL DE DROGAS.....	24
2.5 LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL.....	28
2.5.1. Noções gerais sobre a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.....	31
2.5.2. Posse de drogas para o consumo pessoal.....	35
<b>3 A LEI DE DROGAS EM FACE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO</b> .....	42
3.1. INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	46
3.2. LESIVIDADE.....	48
3.3. ALTERIDADE, BILATERALIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE.....	51
3.4. BEM JURÍDICO TUTELADO NA LEI DE DROGAS.....	54
3.4.1. A Saúde Pública e a tutela dos bens jurídicos supraindividuais.....	55
3.4.2. O bem jurídico tutelado na posse para consumo pessoal.....	59
<b>4 DA ILEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE PARA O CONSUMO PESSOAL DE DROGAS</b> .....	63
4.1 UMA ANÁLISE COMPARADA DE DECISÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM A MATÉRIA.....	63
4.1.1. O caso <i>Cannabis</i> : o julgamento do BVerfGE 90, 145 pelo Tribunal Constitucional Alemão.....	64
4.1.2. Decisões favoráveis a descriminalização pela via judicial.....	67
4.2 A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	71
4.2.1 O Recurso Extraordinário n. 635.659.....	72
4.2.2. Os memoriais das partes e o parecer do Ministério Público Federal.....	74
4.2.3. Os votos dos ministros.....	75

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 93**

**REFERÊNCIAS..... 96**

## 1 INTRODUÇÃO

O tema drogas, é sem dúvida, um dos mais controversos. O consumo de entorpecentes sempre esteve presente na história da humanidade seja para fins recreativos, medicinais e, até mesmo religiosos. Contudo, a existência de um Direito das drogas é, ao contrário do que se pode imaginar, relativamente recente. A proibição a proscrição de drogas não só é recente, como também é contemporânea ao entendimento moral acerca da existência de drogas lícitas e ilícitas. Consolidou-se um verdadeiro tabu, tanto em âmbito internacional quanto nacional, de modo a não permitir a discussão sobre propostas que alterassem esse pensamento.

Hodiernamente, o tráfico, a produção e o consumo de substâncias entorpecentes ilícitas são práticas proscritas e punidas com pena privativa de liberdade na maioria dos países ocidentais. Essas premissas são as bases da política proibicionista, modelo de controle penal sobre as drogas atualmente vigente em grande parte dos Estados, dentre eles o Brasil, cuja finalidade precípua é o combate à produção, ao comércio e ao consumo de entorpecentes por parte da sociedade

O proibicionismo é uma filosofia-política que inicia-se no final do século XIX, e desenvolve-se durante o século XX, principalmente, a partir dos tratados internacionais da Organização das Nações Unidas – ONU sobre o tema. Nos moldes do proibicionismo, o porte de drogas para o consumo pessoal é, no Brasil, considerado crime, à luz do artigo 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, ainda que não seja prevista como sanção para a conduta a pena privativa de liberdade. Ao longo do tempo, defende-se que houve a despensalização do porte de entorpecentes para uso próprio, não obstante tenha havido a manutenção da sua natureza delitiva.

Nessa linha, o objeto do presente trabalho é a apuração da legitimidade da intervenção penal no porte de drogas para o consumo pessoal, a partir de fundamentos jurídicos e jurisprudenciais que permeiam o tema. Isto é, analisar-se-á a relação entre a teoria do bem jurídico e o bem jurídico suspostamente tutelado pelo delito, qual seja a saúde pública, como verdadeiras diretrizes para verificar a legitimidade da criminalização da conduta.

Registre-se que não se trata do estudo sobre a prevenção, e, nem tampouco, o tratamento dos usuários e dependentes de drogas. Quer-se, em verdade, tentar compreender quais os elementos foram fundamentais para a implementação e consolidação da política repressiva de drogas vigente até então, e se a mesma possui fundamento nas teorias que

embasam a atuação do Direito Penal na posse de entorpecentes para uso próprio. A análise é, portanto, dogmática jurídico-penal.

Para se chegar a uma conclusão sobre esta questão, a partir do método de abordagem dedutivo, no segundo capítulo deste trabalho inicia-se o estudo acerca dos principais aspectos teóricos e históricos da política proibicionista e os conceitos essenciais para entender a gênese da filosofia de drogas. Busca-se entender a história do proibicionismo, desde o início da regulamentação do uso, comércio e cultivo de entorpecentes até o presente momento, e os seus principais argumentos jurídicos e sociais. Nesse mesmo capítulo, analisa-se, detidamente, as principais convenções internacionais sobre o tema e o tratamento destinado ao usuário na Lei 11.343/2006.

Em sequência, no terceiro capítulo disserta-se sobre a teoria do bem jurídico e os princípios penais correlacionados, os quais legitimam a atuação do Direito Penal na tutela dos interesses jurídicos. Assim, o foco direciona-se ao princípio da intervenção mínima, ao princípio da lesividade e ao princípio da alteridade. Ademais, busca-se identificar se o argumento de que a saúde pública como bem jurídico tutelado pelo delito de porte de drogas para o consumo pessoal é, realmente, suficiente e necessário – e, portanto, legítimo – para a manutenção da atual política proibicionista.

No último capítulo, este trabalho aborda uma análise comparada de alguns dos principais julgados sobre o tema: o julgamento do BVerfGE 90, 145 pelo Tribunal Constitucional Alemão e o tratamento dado a matéria pela Corte Constitucional da Argentina e da Colômbia. Além disso, pretende-se expor o entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo, a partir das principais circunstâncias que permeiam o Recurso Extraordinário 635.659, bem como dos fundamentos apresentados pelas partes e o posicionamento dos ministros que, até então, proferiram seus votos.

Estes são os pontos nevrálgicos a serem abordados no presente estudo, no qual se pretende compreender a sistemática de punitivismo e da criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal em face da teoria do bem jurídico como legitimadora da intervenção penal.

## 2 DA POLÍTICA PROIBICIONISTA DE CONTROLE DE DROGAS: ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS

A investigação acerca dos aspectos teóricos e históricos que permeiam o surgimento e o desenvolvimento da política proibicionista é indispensável para a compreensão da razão de sua consolidação, quase hegemônica, enquanto política interna de drogas, atualmente, vigente nos países ocidentais.

Assim, buscar-se-á nessa parte do trabalho estudar de forma detida os motivos que levaram a aceitação do controle penal internacional de entorpecentes ilícitos. Conforme se verá, a política brasileira de drogas é, tão somente, reflexo desse modelo.

### 2.1 A ORIGEM, O CONCEITO CIENTÍFICO E LEGAL E A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA PALAVRA *DROGA*

Falar sobre drogas no século XXI ainda é um tabu presente em toda a sociedade. A maioria das pessoas, equivocadamente, associa o termo a uma definição moralista e estigmatizada, que se desvincula do real significado atribuído à palavra pela ciência.

Segundo Eduardo Viana Vargas (2008, p. 42), a etimologia do termo é da “mais controversas”. Conforme o autor, dentre as inúmeras suposições levantadas, como por exemplo, a origem etimológica derivada do latim *drogia*, do irânico *duruk* e do árabe *durâwa*, a hipótese holandesa é a mais coerente e verossímil, posto que, com seu emprego datado desde o século XIV, faz o termo derivar da expressão *droghe vate*, que significa “barris de coisas secas”.

No mesmo sentido, ensina Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006, p. 29) que a denominação holandesa do vocábulo droga está ligada a ideia de “produtos secos do ultramar”, não possuindo, portanto, qualquer conotação negativa.

A compreensão etimológica da palavra é indispensável, pois permite visualizar que o surgimento do vocábulo se deu no contexto das Cruzadas, quando os povos europeus buscavam encontrar, em contato com outras sociedades da época, sobretudo os árabes e demais povos do Oriente, um novo tipo de mercadoria, as denominadas especiarias, os produtos secos, ou seja, as drogas.

Por serem considerados atípicas e incomuns para a cultura europeia-ocidental da época, tais substâncias ganharam um especial valor, caindo, destarte, rapidamente no gosto da camada mais privilegiada da sociedade. Assim, durante todo o período mercantil, o termo droga se referia a uma série de objetos, que eram explorados nas regiões colonizadas, de maneira que

a canela, a pimenta, a noz moscada, o pau-brasil e até mesmo o açúcar eram considerados drogas (CARNEIRO, 2005, p. 11).

A Organização Mundial da Saúde – OMS define droga como toda e qualquer substância não fabricada pelo corpo humano, que possui a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas e enseja a modificação do seu funcionamento normal (NICASTRI, 2014, p. 88).

Droga é, portanto, toda substância potencialmente capaz de alterar o desempenho regular de um organismo e que não é produzida por ele. Tal conceito evidencia a amplitude de substâncias que podem ser classificadas, cientificamente, como drogas. Assim, a maconha e o crack, por exemplo, drogas altamente reprimidas na sociedade, são equivalentes a qualquer analgésico ou chá natural. Todos são substâncias externas que modificam o funcionamento regular do corpo humano (ARAÚJO, 2012, p. 14).

A Lei 11.343, de 23 de agosto 2006 usualmente conhecida como Lei de Drogas, dispõe em seu artigo 1º que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em lista atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006, art. 1º).

O referido dispositivo normativo denota a opção do legislador infraconstitucional brasileiro em permitir uma genérica classificação de substâncias como drogas, uma vez que adota um conceito bastante amplo sobre a mesma. Isto é, a partir da simples expressão “produto que causa dependência” junto à previsão na regulamentação emitida pelo Poder Executivo federal, qualquer substância no Brasil é considerada droga, nos termos da Lei (PRADO, 2013, p. 33-34).

Trata-se, portanto, de uma lei penal em branco, que exige um complemento normativo. Ainda que uma substância cause dependência, enquanto não estiver catalogada em lei *strictu sensu* ou em lista atualizada e elaborada pelo Poder Executivo da União, não há tipicidade penal, conforme a Lei 11.343/2006, na conduta do indivíduo que comercialize, fabrique ou, ainda, consuma substâncias psicoativas (BIANCHINI, 2013, p. 31).

Atualmente, é a Portaria da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde nº 344, de 12 de maio de 1998, que dispõe acerca do Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos ao controle especial no território brasileiro.

Assim, as drogas consideradas como ilícitas são aquelas cuja produção e venda para uso recreativo são proibidos no ordenamento jurídico interno, em razão de expressa previsão normativa nesse sentido. Por sua vez, as drogas tidas como lícitas são aquelas que não têm sua produção e venda para fins recreativos vedados pelo sistema jurídico interno.

Nesse contexto, via de regra cada país edita regulamentações legais próprias no tocante às drogas, o que, por conseguinte, acaba por determinar o caráter legal da substância para aquele ordenamento específico. No Brasil, por exemplo, em que pese a venda e o consumo de bebidas alcoólicas serem consideradas condutas lícitas, a sua comercialização para menores de dezoito anos é vedada.

São, ainda, denominadas drogas controladas aquelas em que a negociação e o uso são submetidos a certas limitações, a exemplo dos medicamentos (ARAÚJO, 2012, p.18-19).

Importa registrar que, dentre os inúmeros tipos de drogas encontradas, as psicoativas ou psicotrópicas são aquelas que alteram as sensações, a consciência e/ou funções psicológicas-comportamentais, como por exemplo, a *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, o crack e a cocaína (FRANKENBERGER, 2009, *online*).

Independentemente das definições técnico-científicas encontradas na doutrina, o conceito sobre droga na política internacional leva em conta a análise do seu caráter legal, e, por isso mesmo, drogas como o álcool, o tabaco e a cafeína, não obstante serem psicoativas, não foram consideradas para fins de controle da legislação penal.

Dessa forma, dentre as inúmeras classificações doutrinárias e científicas que permeiam o termo, para o presente trabalho serão levadas em consideração somente as intituladas como ilícitas ou proibidas, pois são esses entorpecentes os objetos da política proibicionista, e, portanto, que se revelam mais pertinentes para a análise aqui proposta.

## 2.2 ORIGENS HISTÓRICAS

O estudo sobre as origens da política proibicionista autoriza um melhor entendimento do fenômeno atual acerca do controle penal sobre as substâncias de caráter ilícito. Os entorpecentes mais usados atualmente, se já não eram consumidos, são, ao menos, conhecidos pelo homem há tempos.

Diferentemente de outros crimes, como os delitos contra a vida e contra o patrimônio, a criminalização do consumo de drogas é algo relativamente moderno. Mais especificamente, o controle penal de entorpecentes por parte do Estado somente se efetivou no século XX, com as primeiras disposições legais de crimes e penas relacionados ao uso e à comercialização de determinadas drogas (RODRIGUES, 2006, p. 26).

Não obstante a concepção contemporânea de drogas ilícitas como meio de alienação da realidade, o uso de substâncias psicoativas, como a *cannabis*, o ópio e a cocaína, sempre

foram práticas permitidas, motivo pelo qual eram comumente utilizados de maneira recreativa, e, principalmente, religiosa (RODRIGUES, 2006, p. 26).

No mesmo sentido, sob a perspectiva médica, o uso de drogas para fins terapêuticos está longe de ser um “mal contemporâneo”, uma vez que acompanha a história da humanidade desde a sua origem (SILVEIRA; MOREIRA, 2006, p. 3).

O consumo de substâncias entorpecentes pode ser encarado como uma verdadeira prática universal, pois raras são as culturas que não utilizam – ou nunca utilizaram – alucinógenos (GAUER, 1990, p. 60). A título exemplificativo, no estado brasileiro do Acre, ainda hoje plantas psicoativas são comumente empregadas em rituais religiosos, como é o caso do chá extraído do cipó *ayahuasca*, pela comunidade do Santo Daime (RODRIGUES, 2006, p. 27).

Nessa linha intelectual, Henrique Carneiro (2005, p. 17) bem observa que o uso de drogas, associado à busca pelo prazer, satisfação dos instintos e necessidades humanas não é algo novo na cultura social, na medida em que corresponde a “uma imensa rede de significados culturais, ritos e práticas de socialização nelas consubstanciadas”.

Em termos ilustrativos, cita-se a plantação de *cannabis* realizada na China há mais de 5.000 mil anos. A planta era usada como antitéptico e calmante para fins medicinais. No Egito, o Faraó Ramsés fez referência ao uso de *cannabis* como método eficaz para aliviar olhos irritados. O ópio, de igual forma, utilizado com fins medicinais está presente na mitologia egípcia e foi utilizado na China, até o século XVII, exclusivamente como medicamento (OLMO, 1975, p. 36).

Na verdade, de acordo com Eduardo Viana Vargas (2008, p. 54), políticas visando o controle de substâncias, atualmente intituladas como drogas, não são práticas recentes. O que se revela como algo relativamente novo na história da humanidade é “a consideração como problemática de um conjunto específico de substâncias ou, mais precisamente, de certas modalidades de uso de um conjunto específico de substâncias”.

De fato, conforme o referido autor, a proibição de um grupo particular de entorpecentes, notadamente as drogas psicoativas, não é só recente, como contemporânea à ideia moral, ainda vigente nos dias atuais, sobre a existência de substâncias ilícitas, lícitas ou controladas.

Com o surgimento das primeiras civilizações humanas, o homem já estava acostumado com a habitual utilização, sobretudo em rituais religiosos, de substâncias capazes de alterar o funcionamento regular de seus sentidos e comportamento. Pesquisas realizadas por antropólogos e arqueólogos revelam a existência de indícios que apontam que o homem iniciou

seu contato com as drogas há mais de 10 mil anos, ainda durante o Período Paleolítico ou Idade da Pedra Lascada. Em diversos sítios arqueológicos, localizados ao redor do mundo, foram encontrados pinturas, desenhos e artefatos, os quais evidenciam que o uso de drogas já era prática presente entre os costumes da população desde aquela época (ARAÚJO, 2012, p. 25).

Com o desenvolvimento da sociedade, esta não apenas consumia, como também fabricava as drogas. A receita mais remota a que se tem notícia ensina a preparar cerveja. Ela foi confeccionada pelos sumérios, povo mesopotâmico que viveu por volta de 8 mil a.C., e é considerada o exemplo mais antigo de fabricação de droga pelo homem (ARAÚJO, 2012, p. 25).

Até a Idade Média não existia qualquer tipo de proscrição em relação ao consumo de substâncias entorpecentes em geral, mas tão somente algumas recomendações morais, advindas, sobretudo, da moral cristã, que se colocava contra o uso de analgésicos, eutanásicos, afrodisíacos e alucinógenos (CARNEIRO, 1994, p. 29).

Nessa perspectiva, defende-se a existência de dois tipos de consumo de drogas na transição entre a Baixa Idade Média e o Renascimento, os quais estão estritamente relacionados a classe social, na qual o usuário estava inserido (RODRIGUES, 2006, p. 28).

Primeiramente, os pertencentes às classes com menor poder aquisitivo utilizavam-se de substâncias entorpecentes de maneira descabida e famélica, como verdadeira válvula de escape à realidade social em que se encontravam. Por sua vez, aqueles que compunham as classes mais favorecidas valiam-se das drogas como uma espécie de condimento exótico, de especiarias que auxiliavam a manutenção do seu *status* social (CARNEIRO, 1994, p. 29).

É oportuno salientar, no entanto, que tal interpretação é considerada reducionista e superficial para parte da doutrina, que não entende o uso de drogas nesse período como fator determinante de distinção social. Em que pese reconhecer certa veracidade nessa leitura, o autor Eduardo Viana Vargas (2008, p. 43), por exemplo, entende que não é suficiente que um produto seja considerado exótico para fins de delimitação de proximidades e distâncias sociais, uma vez que é imprescindível a sua superioridade e especialidade em relação aos outros.

No século XVI, em virtude da saída das massas nômades dos campos com o fim da servidão, a Europa viveu um significativo aumento no fornecimento de especiarias asiáticas e no consumo de drogas, em especial do ópio. A evasão desses povos propiciou o aumento da fome e das doenças, e, conseqüentemente, o uso de plantas alucinógenas como alimento e mecanismo de fuga da realidade (RODRIGUES, 2006, p. 28).

Destaque-se, nesse contexto, o relevante papel da Medicina na popularização do uso de drogas, pois a maioria das experiências médicas realizadas no século XVI possuíam

ligação direta com a experimentação prática das mesmas. Buscava-se, mediante o consumo de determinadas substâncias, encontrar a cura das enfermidades que atingiam os homens da época (RODRIGUES, 2006, p. 28).

Ademais, com a colonização das terras recém “descobertas” pelos navegadores, a proibição do uso das plantas psicoativas passou a compor o discurso europeu colonizador, a partir da imposição do catolicismo como religião oficial dos nativos americanos. A moral cristã, presente na cultura europeia, ensejou a demonização do consumo de drogas, por ser prática inerente às religiões pagãs dos povos indígenas, o que representaria, desta forma, uma ameaça concreta à consolidação do cristianismo no “Novo Mundo” (RODRIGUES, 2006, p. 27).

Assim, a influência da Igreja Católica deve ser vista como um dos elementos necessários para a compreensão das origens da proscrição das drogas no mundo moderno. Serve, portanto, como verdadeiro pilar da política proibicionista atualmente conhecida e explica a origem de parte do estigma negativo atribuído aos usuários de drogas (RODRIGUES, 2006, p. 27).

Paradoxalmente, em uma perspectiva econômica, a expansão da rota comercial, consequência direta das Grandes Navegações do século XVI, confrontou a moralidade cristã que reprimia o uso de tóxicos, tendo em vista que o contato com a cultura dos povos pertencentes às “terras descobertas” influenciou o aumento do consumo de substâncias entorpecentes por parte da sociedade europeia. Por esse motivo, a proibição do uso e venda de drogas não era sequer considerada. Ao contrário, por representarem produtos de significativa estratégia comercial internacional na era moderna, o consumo de determinadas substâncias, como o álcool e o ópio, foi estimulado pelo Estado, sendo, inclusive, aceito pela Igreja Católica (RODRIGUES, 2006, p. 29).

No final do século XIX, o crescimento dos experimentos com cocaína fez com que ela se transformasse em um dos produtos farmacêuticos mais importantes na Europa e nos Estados Unidos da América – EUA. Por essa razão, a utilização de drogas entorpecentes para o tratamento de doenças psiquiátricas tornou-se muito comum a partir dos anos 50 do século passado, ao passo que representou uma verdadeira revolução na psiquiatria (RODRIGUES, 2006, p. 31).

Importa registrar que, atualmente, grande parte dos medicamentos vendidos tem como finalidade a “alteração de processos mentais”, como estimular, sedar ou mudar o humor ou o comportamento, no entanto, por atuarem diretamente sob o sistema nervoso central, e, sobretudo por causarem dependência química, estão sujeitos a severas restrições e ao controle médico (RODRIGUES, 2006, p. 30).

É nessa época da história que se afirma o primeiro paradigma de controle das drogas, que mais tarde sofreria influências econômicas, culturais, sociais e religiosas, a fim de implementar um padrão mundial de controle do uso e do comércio de entorpecentes.

Mais especificamente, no ano de 1909, o uso do ópio por parte da população levou os EUA a organizar a Conferência de Shangai, na China. Com a participação de 13 (treze) países, a *Opium Commisium* tinha como finalidade a tentativa de redução do consumo de opiáceos na sociedade (FORTE, 2007, p. 195). O resultado do encontro foi a Convenção internacional do Ópio, assinada em Haia em 1912, a qual será objeto de estudo mais aprofundado do próximo tópico.

Ainda que o referido encontro tenha fixado apenas recomendações genéricas no tocante à diminuição do uso de opiáceos, o texto final trouxe um dos traços mais característicos do início do proibicionismo nos EUA: a permissão do consumo dessas substâncias somente para fins medicinais (RODRIGUES, 2008, p. 92).

Ainda em meados do século XX, com o desenvolvimento da farmacologia foram produzidas as primeiras drogas sintéticas. Hofmann, em 1943, teria sido o primeiro homem a ingerir uma quantidade de Dietilamida do Ácido Lisérgico – LSD, e conhecido seus efeitos alucinógenos. Nesse período, segundo Luciana Boiteux Rodrigues (2006, p. 32) o consumo de drogas psicoativas possuía duas grandes finalidades: o uso médico, que pretendia o alívio de sintomas e a cura de distúrbios e patologias mentais, e o uso religioso ou recreativo, cujo objetivo era a alteração do estado regular de consciência.

Nota-se, portanto, que com sua eficácia cada vez mais comprovada no âmbito da medicina, o consumo de drogas também se difundiu na população como método de busca pelo prazer e diversão.

Infere-se que a atual política de controle de entorpecentes, inicialmente, está ligada a vários aspectos de natureza religiosa, comercial e social, inexistindo um único motivo isolado e determinante para a sua implementação no mundo moderno. O processo criminalizador do uso, venda e fabricação de drogas tem, diante disto, origem fluida, não sendo possível delimitá-la como objeto de estudo controlável (CARVALHO, 2010, p. 10).

### 2.3 FUNDAMENTOS DO PROIBICIONISMO

A política proibicionista de controle de drogas é hoje o modelo adotado pela maioria dos países ocidentais. A adesão a este modelo repressivo revela-se como consequência da

assinatura de tratados internacionais com força vinculante, organizados pelas Nações Unidas, os quais impõem aos Estados não signatários severas sanções econômicas.

Implementado em total desacordo com o liberalismo vigente até o início do século XX, o proibicionismo é caracterizado pelo efetivo controle da venda, da produção e do uso de determinados entorpecentes, possuindo como objetivo intrínseco a busca pela redução do consumo destes, mediante a intervenção penal (RODRIGUES, 2006, p. 46).

O controle penal atual sobre drogas visa, portanto, a proibição do consumo e da venda de substâncias etiquetadas como ilícitas, e fundamenta-se na proteção da saúde pública.

Contudo, a classificação entre drogas lícitas e ilícitas, e, portanto, quais drogas serão ou não objetos de tutela penal, é fruto de um discurso político, em que inexistem quaisquer estudos médicos que comprovem, efetivamente, a presença e os graus de riscos de cada substância controlada (RODRIGUES, 2006, p. 46).

Isto é, a determinação do caráter legal das substâncias entorpecentes nem sempre se dá em razão de um critério de danosidade físico-químico, psicológico e/ou social realmente comprovado. Determinadas drogas possuem efeitos mais nocivos do que outras consideradas ilícitas, e, no entanto, não se encontram presentes no rol das agências sanitárias (DIETER, 2011, p. 9). Como dito, no Brasil, este rol é elaborado pelo Poder Executivo por meio da Portaria nº 344/98, emitida pela a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a qual está vinculada às disposições internacionais que o Brasil é signatário.

Assim, originado em um contexto pré-científico, o caráter ilícito de determinadas drogas gera a presunção de que a intervenção penal, mediante a ameaça de pena, obrigará as pessoas a mudarem os seus hábitos, a deixarem de usar determinadas substâncias pelo simples fato de serem ilícitas (OLMO, 1975, p. 14).

A rapidez e facilidade com que foi incorporado o discurso repressivo sobre drogas no meio social é consequência de sua base ideológica voltada para a defesa social (CARVALHO, 1996, p. 41) Através deste discurso, o proibicionismo utiliza-se de premissas moralistas para combater o às drogas, a partir da adoção de políticas punitivas, em contrapartida ao respeito à autonomia cultural e à liberdade individual.

Ademais, mais uma razão pode ser indicada como fundamento para implementação da política proibicionista.

O uso de ópio e de cocaína na população do EUA do século XIX era associado a grupos étnico-sociais minoritários. Nesse período, houve uma intensa imigração chinesa para o território norte americano, em virtude da necessidade de mão de obra para a construção de rodovias. Com a depressão econômica (1873-1877), os chineses foram vítimas de preconceito

racial, e, por conseguinte, o seu hábito de fumo de ópio também foi alvo de ataques. A cocaína, por sua vez, era repudiada no sul dos EUA, pois os negros, seus usuários, poderiam, sob o efeito da droga, atacar os brancos. Ao passo que a cocaína era atrelada aos negros, o ópio com os chineses e a morfina com as prostitutas, o álcool era associado com os imigrantes irlandeses e italianos. A repressão ao álcool era voltada para os locais de consumo, os *saloon*, por ofenderem os bons costumes advindos da moral cristã (MUSTO *apud* DIETER, 2011, p. 21).

A partir da década de sessenta, uso de entorpecentes, principalmente drogas psicodélicas, como o LSD e a maconha, foi generalizado, razão pela qual o controle dessas condutas por parte do Estado tornou-se extremamente difícil. Os movimentos de contracultura utilizaram-se das drogas como ferramenta contra o imperialismo e a síndrome armamentista dos EUA, o que denota que o uso de drogas, nessa época, assume uma conotação libertária e natureza de manifestação política (CARVALHO, 1996, p. 27).

Rosa del Olmo (1998, p. 5-6) indica a existência de quatro discursos relacionados uso de drogas: o médico, o cultural, o moral e o jurídico. O primeiro origina o estereótipo de dependência; o segundo, de jovem drogado como forma de manifestação social; o discurso moral cria o estereótipo de consumidor viciado e/ou ocioso, que se opõe aos valores cristãos; e, por fim, o jurídico que cria a ideia de sujeito perigoso. Este último, na década de sessenta, é desassociado ao usuário de drogas e atribuído aos traficantes.

Segundo a criminóloga venezuelana, a partir dessa classificação é possível traçar a distinção entre usuário e traficante, isto é, entre o doente e o delinquente. Dessa forma, sobre o primeiro recai o discurso médico, consolidado pelo modelo médico-sanitário na década de cinquenta, que difundiu o estereótipo da dependência. Sobre o traficante incide o discurso jurídico, definindo-o como criminoso e corruptor da sociedade.

A questão das drogas é entendida como “sistema fechado”, ou seja, que se “auto-reproduz” a partir de uma concepção inicial, tendo em vista que o fundamento que legitima o controle repressivo de drogas exsurge de um conceito negativo das drogas – não necessariamente real – mas os efeitos dessa criminalização enseja, por conseguinte, aquela mesma concepção inicial, legitimando-a, por consequência. Uma verdadeira modalidade de “profecia auto-realizável” (BARATTA, 2004, p. 116).

No âmbito político internacional, o modelo proibicionista é sustentado por Convenções aprovadas pela ONU, ainda vigentes na maioria dos estados ocidentais, as quais serão objeto de estudo no próximo item.

Com o Proibicionismo cria-se uma estrutura legal normatizada, cujo traço característico é a criminalização dos produtores, traficantes e usuários de drogas ilícitas, como único meio para lidar, e no plano ideal resolver, os danos trazidos pelas drogas.

#### 2.4 A POLÍTICA PROIBICIONISTA E O CONTROLE INTERNACIONAL DE DROGAS

O crescimento da percepção social no tocante ao uso do ópio na China no século XIX, e os conflitos oriundos do comércio mundial ensejaram a Guerra do Ópio entre o Império Chinês e a Coroa Britânica, o que marcou, no começo do século XX, o início das discussões internacionais acerca do controle de substâncias entorpecentes (RODRIGUES, 2006, p. 37).

O tema ganhou especial destaque na Conferência de Shangai em 1909, encontro entre as principais potências coloniais da época para discutir os limites da produção e do comércio do ópio e de seus derivados. Na oportunidade, os europeus, em que pese terem aceitado o posicionamento proibicionista dos EUA de restringir a utilização de drogas apenas para fins medicinais, não implementaram medidas concretas para materializar os termos do acordo, face a pressão realizada pelas indústrias farmacêuticas (RODRIGUES, 2006, p. 38).

A Conferência de Shangai representa o embrião do sistema de cooperação internacional de controle de drogas. A reunião inspirou a elaboração da 1ª Convenção sobre Ópio de 1912, assinada em Haia, ao passo que inaugurou os encontros diplomáticos internacionais para tratar sobre o tema. Ademais, é considerada o marco da ampliação do rol de substâncias proibidas e da consolidação proibicionismo (RODRIGUES, 2006, p. 38).

À luz do “ímpeto proibicionista” norte americano, de acordo com Luciana Boiteux (2006, p. 38), a Convenção sobre o Ópio exigiu, explicitamente, a limitação da produção e comércio de determinadas substâncias e estabeleceu a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos.

Em que pese, inicialmente, a preocupação encontrar-se voltada, exclusivamente, para o ópio e opiáceos, a proibição estendeu-se com o passar do tempo para outras drogas, a exemplo da cocaína e da *cannabis*.

Destarte, as convenções internacionais posteriores ampliaram e reforçaram o controle sobre novas drogas. Nessa toada, a política externa de controle de entorpecentes foi utilizada como fundamento para modificações legislativas em vários ordenamentos jurídicos internos. A título exemplificativo, os EUA, adequando-se às normas internacionais, tornaram as leis mais rígidas com a edição do *Harrison Act*, em 1914, ao proibir o consumo da cocaína e da heroína no país (FORTE, 2007, p. 195).

Em 1925, foi assinada a 2ª Convenção Internacional sobre Ópio. O Acordo impôs aos governos nacionais signatários a apresentação de estatísticas anuais acerca da produção, da venda e do consumo de narcóticos e resultou na implementação do primeiro sistema de monitoramento de drogas em âmbito internacional, o *Permanent Central Opium Board* (RODRIGUES, 2006, p. 39).

Alguns anos mais tarde, em 1931, foi firmada a 1ª Convenção em Genebra, com o objetivo de limitar a fabricação mundial de entorpecentes para fins médicos e científicos. Em 1939, entrou em vigor a 2ª Convenção de Genebra, destinada à “supressão do tráfico ilícito de drogas perigosas”, razão pela qual os estados-partes assumiram o compromisso de implementar medidas para reduzir a impunidade dos traficantes e facilitar a extradição pelo cometimento do referido delito (RODRIGUES, 2006, p. 39).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e a consequente criação da ONU em 1945, foram estabelecidas as principais normas sobre o controle internacional de drogas vigentes até os dias atuais. Nesse período, foram assinados o Protocolo de Genebra de 1946, o Protocolo de Paris de 1948 e o Protocolo para a limitação e regulação do cultivo da papoula, da produção e das trocas internacionais e do uso do ópio, de 1953, todos ainda hoje em vigor (RODRIGUES, 2006, p. 39).

Pontue-se que a influência norte-americana foi decisiva não só para a criação como para a implementação de uma política proibicionista internacional de drogas. A política externa estadunidense influenciou os acordos internacionais de cunho proibicionista desde o início do século XX, na medida em que contribuiu para a transformação da questão das drogas em um problema de segurança nacional atrelado ao discurso bélico (DEL OLMO, 2002, p. 66).

O primeiro ato das Nações Unidas sobre o tema drogas, a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, instituiu um amplo sistema internacional de controle de entorpecentes, além de atribuir a responsabilidade aos estados signatários de implementar certas medidas em suas legislações internas, com a finalidade de erradicar o consumo e o tráfico de substâncias psicotrópicas.

Ademais, reforçou o controle sobre o fabrico, a distribuição e a venda de entorpecentes, na medida em que proibiu, de maneira expressa, “o fumo e a ingestão de ópio, assim como o simples mastigamento da folha de coca e o uso não médico da *cannabis*” (RODRIGUES, 2006, p. 40).

A Convenção Única de Entorpecentes de 1961 foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 5, de 7 de abril de 1964, e promulgada no mesmo ano por meio do Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.

Segundo Daniel Nicory do Prado (2013, p. 19), o preâmbulo da Convenção Única de 1961 deixa evidente que na comunidade internacional a proibição de certas drogas assenta-se em um fundamento moral; que a licitude do fabrico, do comércio e do uso deve ser atribuída somente para fins médicos; e que o abuso no consumo de entorpecentes, a toxicomania, só poderia ser suprimido mediante a aplicação de uma política proibicionista de caráter cooperativo. Dessa forma, observa o autor, a Convenção não determina a total abolição das drogas, posto que permite a produção, a venda e o consumo para finalidades específicas sujeitas à regulamentação.

De acordo com Salo de Carvalho (2001, p. 130), a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 é o marco inicial do movimento de “militarização da segurança pública”, uma vez que legitima a atuação coercitiva de agências norte-americanas no controle policial sobre as drogas.

O referido Tratado ampliou o alcance de medidas de cunho repressivo e “burocratizou a estrutura regulatória internacional das drogas ilícitas” (FORTE, 2007, p. 195).

O art. 36 da Convenção determina as diretrizes que orientaram a produção normativa sobre o tema nos anos posteriores, e, não obstante seja considerado o embrião do processo de endurecimento da legislação de drogas e da superlotação carcerária, deixa certa flexibilidade aos legisladores nacionais para agirem de acordo as especificidades locais (PRADO, 2013, p. 20).

O item 1 do art. 36 traz o rol de condutas relacionadas aos narcóticos que devem ser consideradas ilícitas quando praticadas de maneira intencional e em desacordo com a Convenção. Todavia, o Acordo não estabelece um tratamento uniforme a todas essas condutas e impõe pena de prisão somente para as “infrações graves”, sem delinear a gravidade de cada uma (PRADO, 2013, p. 21).

Além da implementação da ideologia de diferenciação, para Salo de Carvalho (1996, p. 30-31), a Convenção Única de Entorpecentes de 1961 estabeleceu um discurso voltado para a demonização da droga e para o seu entendimento como inimigo comum a ser combatido pelas agências de poder.

A segunda convenção que trata sobre entorpecentes foi a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, a qual assim como a primeira, ainda encontra-se em vigor. Tal Acordo foi aprovado no Brasil mediante Decreto Legislativo nº 90, de 05 de dezembro de 1972, e, entrou em vigor, inclusive para o Brasil, em 16 de agosto de 1976. A Convenção de Viena foi promulgada em 14 de março de 1977 por meio do Decreto nº 79.388.

A Convenção de 1971 ampliou o rol de entorpecentes, além de dispor acerca da possibilidade de aplicação de penas alternativas, se o crime for praticado por “dependentes de substâncias psicotrópicas” (BRASIL, 1977, art. 22). Isto é, além das drogas relacionadas com o ópio, a *cannabis* e a cocaína, outras substâncias como os estimulantes, as anfetaminas, o LSD, os sedativos hipnóticos e os tranquilizantes passaram a ser também objetos de controle. O fundamento para inserção foi a nocividade dos seus efeitos.

Por fim, a última Convenção, ainda em vigor referente às drogas, é a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicoativas de 1988, aprovada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

O sistema internacional de controle de drogas baseado na Convenção de 1988, necessariamente impescinde da colaboração dos Estados-parte, os quais comprometem-se a elaborar modelos legais uniformes de repressão de entorpecentes. À época de sua criação, defende-se que os governos consideravam o tema como um desafio global a ser alcançado, e, portanto, pousado nos princípios da cooperação e da corresponsabilidade (RODRIGUES, 2006, p. 41).

Trata-se de um ato normativo de cunho essencialmente repressivo, o qual impõe aos signatários a exigência da adoção de determinadas obrigações, que ainda não encontravam-se presentes nos seus respectivos ordenamentos jurídicos internos (PRADO, 2013, p. 22).

O caráter internacional dos crimes de tráfico de drogas e a necessária uniformização das legislações internacionais foram previstos no art. 7º da Convenção, e com isso, restou assegurada a coesão da postura internacional a despeito do tema. Ademais, à luz do art. 3º, parágrafo segundo, da Convenção de 1988, pela primeira vez, passam a ser consideradas condutas passíveis de criminalização a posse, a aquisição ou o cultivo intencionais de drogas para o consumo pessoal (RODRIGUES, 2006, p. 41).

As três Convenções das Nações Unidas em comento ensejaram a necessidade de implementar dentro da ONU órgãos de controle do crescimento mundial do abuso e do tráfico de drogas e de monitoramento do cumprimento das obrigações contraídas nas Convenções por parte dos Estados-Membros.

Dentre eles, encontram-se a ECOSOC e a Comissão sobre Estupefacientes, onde as políticas de controle de drogas são discutidas e definidas; o Órgão Internacional de Controle dos Estupefacientes, cuja competência é impor sanções em caso de desrespeito às convenções; e o Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional das Drogas (RODRIGUES, 2006, p. 44).

Na implementação do controle sobre os entorpecentes foi previsto um sistema de classificação das drogas ilícitas, dividido em quatro tabelas. Na tabela I estão dispostas as substâncias de rigorosa proibição, como a *cannabis*, o haxixe, o ópio, a folha de coca, os opiáceos, as drogas derivadas da cocaína e algumas drogas sintéticas. A tabela II, por sua vez, prevê drogas já listadas no grupo II da Convenção de 1931, ou seja, drogas do tipo da anfetamina com fins terapêuticos, além de novas drogas sintéticas; a tabela III inclui preparos medicinais que contenham drogas narcóticas, sujeitas ao mesmo controle das drogas que contêm. Por fim, a tabela IV prevê substâncias já listadas na tabela I, mas que são destacadas como particularmente perigosas, motivo pelo qual é facultado às partes medidas especiais de controle (RODRIGUES, 2006, p. 45).

Desde a criação do primeiro ato internacional de controle de drogas, em 1912, treze instrumentos multilaterais foram elaborados, assinados e promulgados pela maioria dos Estados do mundo, que adotaram a política proibicionista como estratégia para lidar com a questão das drogas. Todavia, poucos foram os resultados práticos atingidos, uma vez que a produção, o tráfico e o uso de drogas em todos os países do mundo se mantêm.

Diante disto, deve-se questionar se a política internacional de controle penal de drogas ilícitas é realmente eficaz para o fim ao qual se propõe. Isto é, se é possível alcançar a erradicação do uso, da venda e da produção de certas substâncias a partir do controle proibicionista.

## 2.5 LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

No que toca ao quadro legislativo brasileiro acerca do tema drogas, evidencia-se que a abordagem do tratamento evoluiu desde a total repreensão, independentemente de o indivíduo ser traficante ou consumidor, para uma gradual preocupação com dependentes e usuários (BENETTI; VENTURA, 2014, p. 53).

A primeira legislação criminal a punir o consumo e a venda de tóxicos foi o Livro V das Ordenações Filipinas (SALGUEIRO; CAMPONÊS; ALMEIDA, 1998).

O Código Penal de 1830 foi omissivo no tocante ao tema, cabendo ao Código Penal Republicano, em 1890, através da regulamentação de crimes contra a saúde pública, dispor expressamente acerca da proibição da venda e do consumo de substâncias entorpecentes sem a devida autorização (PRADO, 2013, p. 25).

Destaca-se o fato de que a primeira norma expressa referente a substâncias psicoativas no ordenamento jurídico brasileiro já consagrava uma lei penal em branco, posto

que exigia a posterior complementação pelos regulamentos sanitários vinculados ao poder executivo (CARVALHO, 1996, p. 25).

No início do século XX, o aumento do uso de ópio e haxixe no Brasil ensejou a edição de novos diplomas legais acerca do consumo e da venda de drogas. Dessa forma, em 1932, com a Consolidação das Lei Penais, foi acrescentada a pena de prisão à originária pena de multa prevista no Código Penal de 1890 (BRASIL, 1932).

Não obstante a existência das referidas normas, que evidencia a existência de resquícios da criminalização das drogas desde o período imperial brasileiro, o efetivo ingresso do país no modelo internacional repressivo de controle de narcóticos deu-se com a edição do Decreto-lei nº 891, de 25 novembro de 1938, a partir das determinações da Convenção de Genebra de 1936. A pluralidade de verbos que formavam a tipificação penal, a substituição da expressão “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes”, a imposição da pena de prisão e a previsão de formalidades no tocante ao comércio e ao uso das drogas passam a compor a política repressiva no Brasil (BRASIL, 1938).

Com a publicação do Código Penal de 1940, a matéria é recodificada e disciplinada em seu art. 281 com a manutenção do uso de uma norma penal em branco para abarcar o tema (BRASIL, 1940).

Com isso, verifica-se a criação de uma política proibicionista sistematizada e codificada com a finalidade de combater às drogas.

No entanto, partir da edição do Decreto-lei 4.720/42, que dispôs sobre o cultivo de entorpecentes, e da Lei 4.451/64, que introduziu na tipificação criminal a plantação de drogas, observou-se um verdadeiro processo de descodificação da matéria (MENNA BARRETO, 1978, p. 29).

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1964, pelo Decreto n. 54.216, a Convenção Única de 1961 da ONU ensejou a criação da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, a qual aumentou o número de tipificações relativas ao tráfico de drogas, fenômeno denominado por Engenio Raúl Zaffaroni (1990, p. 18) como a “multiplicação dos verbos do tipo penal incriminador”.

Com a Constituição Federal de 1988, determinou-se que o comércio ilegal de substâncias entorpecentes era insuscetível à anistia e graça como hipóteses de extinção a punibilidade, e do mesmo modo, afastou-se a afiançabilidade. Em 1990, com a edição da Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, foram vedados o indulto e a liberdade provisória para o delito de tráfico (BRASIL, 1990).

A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicoativas de 1988, aprovada pelo Congresso brasileiro em 1991, ratificou o caráter proibicionista da política interna de drogas. Na década de 1990, a Comissão de Fiscalização das Nações Unidas veio ao Brasil, oportunidade em que foram feitas rígidas críticas à impunidade e à dificuldade de repressão de crimes relacionados a drogas no país. Por essa razão, o Brasil partiu para um novo viés na política criminal de drogas, o da militarização (PEDRINHA, 2018, p. 10).

A militarização no controle de condutas relacionadas às substâncias psicoativas está integrada à ideia de militarização da segurança com um inimigo comum e declarado a todos a partir de um discurso maniqueísta, em que o lado mal, isto é, as drogas, deve ser destruído a todo custo. A militarização estendeu-se às Operações Rio, realizadas em 1994 e 1995 e em 2007 e 2008, mediante o convênio fixado entre a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e as Forças Armadas do Governo Federal, com o objetivo de erradicar o tráfico de drogas das favelas da cidade, além de capturar armas e criminosos. Tais Operações geraram sérias violações aos direitos humanos, como lesões corporais graves e até execuções (PEDRINHA, 2018, p. 10).

Até 1998, o Brasil ainda não contava com uma política nacional sobre a diminuição da demanda e da oferta de drogas. Somente a partir da XX Assembleia Geral das Nações Unidas, onde foram discutidos os princípios diretivos para a redução da demanda de drogas aderidos pelo Brasil, é que as primeiras medidas foram implementadas.

Em 2002, foi aprovada em 11 de janeiro a Lei 10.409, que deveria revogar a Lei 6.368/1976. Contudo, ab-rogação não ocorreu, pois, o Presidente da República da época, Fernando Henrique Cardoso, vetou o capítulo III da *novatio legis*, o que ocasionou inúmeras dificuldades em sua aplicabilidade prática. Assim, entrou em vigência somente a parte processual da Lei 10.409/2002, e os crimes e as penas dispostos na lei anterior foram mantidos (RODRIGUES, 2006, p. 177).

A Lei 10.409/2002 incrementou a repressão às diversas maneiras de comercializar e financiar às organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas, além de adotar o modelo psiquiátrico-terapêutico para intervenção em usuários e dependentes. Tal modelo serviu como fundamento para a Lei 11.343/2006, tanto no âmbito material, no tocante aos crimes e penas, quanto no aspecto processual, em relação à investigação, processamento e julgamento dos delitos (CARVALHO, 2010, p. 68).

Em razão das polêmicas e controvérsias oriundas, principalmente, em decorrência do veto presidencial a que foi submetida a Lei 10.409/2002, o Poder Legislativo brasileiro entendeu pela necessidade de criação de uma nova lei para reparar os equívocos gerados na

anterior. Assim, surge a Lei 11.343/2006, possuindo como base uma política proibicionista relativamente moderada já trazida na Lei 10.409/2002.

### **2.5.1. Noções gerais sobre a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**

O projeto de lei que deu origem à Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, é originário do Senado Federal e foi elaborado, inicialmente, pelo Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime Organizado, Narcotráfico e Lavagem de dinheiro, em maio de 2002. Após a conclusão de sua redação final no Senado, em 07 de maio de 2002, foi remetido à Câmara dos Deputados em agosto do mesmo ano para revisão, momento em que recebeu o número 7.134/2002 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002).

A Câmara ofereceu substitutivo ao projeto, com diversas e substanciais modificações, encaminhando-o novamente ao Senado em 17 de fevereiro de 2004, quando passou a tramitar como Substitutivo da Câmara dos Deputado – SCD 115/2002. Em julho de 2006, o projeto foi remetido à Casa Civil, e em agosto do mesmo ano sofreu suas últimas alterações, quando foi aprovado o seu texto final e enviado o diploma normativo para Presidência da República. A Lei foi então sancionada em 23 de agosto de 2006.

A Lei 11.343/2006 entrou em vigor em 08 de outubro de 2006 e originou-se da necessidade de compatibilizar os dois instrumentos normativos que existiam anteriormente: a Lei n. 6.368/1976 e a 10.409/2002. A partir de sua edição, foram revogados esses dois dispositivos legais prévios, com o reconhecimento das diferenças entre a figura do traficante e a do usuário, os quais passaram a ser tratados de forma diferenciada e a ocupar capítulos diferentes da *legis*. Ademais, substituiu o termo “drogas” pela expressão “substâncias entorpecentes” o que aumentou o seu campo de aplicação (BRASIL, 2006).

Na década de 1990, observou-se a prevalência de dois discursos no tocante à questão das drogas no Brasil: o primeiro defendia que a redução da oferta e da demanda deveria se dar mediante a intervenção estatal penal na utopia de um mundo sem drogas. A Guerra às Drogas, de origem norteamericana, era a visão majoritariamente preponderante no âmbito internacional e influenciava diretamente o modelo interno brasileiro. Por outro lado, trabalhava-se com o tema a partir de uma perspectiva prevencionista, voltada sobretudo para a política de redução de danos, em que buscava-se um afastamento de normas repressivas, em virtude da estigmatização do usuário após a sua passagem pelo sistema penal (BIANCHINI, 2013, p. 32).

A Lei 11.343/2006 abarcou de maneira nítida as duas correntes. A proibicionista, aplicada contra à fabricação não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e a prevencionista dirigida ao usuário e ao dependente (BIANCHINI, 2013, p. 33).

Ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, regulamentado pelo Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006, que dispôs sobre medidas para a prevenção da toxicomania e maneiras de reinserção social de usuários e dependentes de drogas (BRASIL, 2006)<sup>2</sup>, a Lei de Drogas colocou o Brasil em lugar de destaque no cenário internacional proibicionista.

Segundo a Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006)<sup>3</sup>, o SISNAD possui como finalidades a contribuição para a inclusão social do cidadão, tornando-o menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, tráfico e outros comportamentos relacionados; promoção da constituição e da socialização do conhecimento sobre drogas no país; promoção da integração entre as políticas de prevenção do consumo indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; repressão da produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas; e a promoção de políticas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, estados e municípios (DUARTE; DALBOSCO, 2011, p. 18).

Tal sistema consubstancia-se em uma política criminal de entorpecentes em conformidade com as normas dos Tratados Internacionais sobre o tema, ao tempo que rompe com o diploma legislativo anterior, a Lei 10.409/2002, na medida em que se volta, mais detida e cuidadosamente, para a prevenção do uso de drogas e objetiva a reinserção social de dependentes e usuários.

O SISNAD é composto pelo Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, órgão normativo e deliberativo com vinculação ao Ministério da Justiça, pela Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, secretaria executiva do colegiado, bem como o “conjunto de órgãos e entidades públicas que exerçam as atividades” dos referidos órgãos e as “organizações,

---

<sup>2</sup>Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas

<sup>3</sup> Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

instituições ou entidades da sociedade que atuam nas áreas de atenção à saúde e da assistência social e atendam os usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos”(BRASIL, 2006)<sup>4</sup>.

Todas as finalidades atribuídas ao SISNAD devem ser desenvolvidas a partir de onze princípios e quatro objetivos, os quais estão previstos nos artigos 4º e 5º da Lei 11.343/2006 e possuem significativa importância para o cumprimento da política de drogas brasileira.

A partir da lógica prevencionista adotada pela Lei 11.343/2006, a doutrina divide os programas de prevenção de drogas em três momentos: a prevenção primária, a qual tem como objetivo impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga, que pode ser observada quando a lei se preocupa em estabelecer estratégias ligadas ao esclarecimento dos efeitos e do uso de substâncias psicoativas; a prevenção secundária, que por sua vez, quer evitar que aquelas pessoas que fazem o uso moderado de drogas passem a usá-las de maneira mais contínua e prejudicial; e por fim, a prevenção terciária, quando ocorrem problemas oriundos do uso de drogas, como a dependência. Nesse último ponto, ações voltadas para a recuperação do dependente e sua reinserção social são imprescindíveis (BIANCHINI, 2013, p. 59).

Infere-se que a Lei de Drogas segue o padrão internacional da “*ideologia de la diferenciación*” (OLMO, 1990, p. 25), que polariza o tratamento entre o usuário, a partir do discurso médico, e o traficante, mediante o discurso jurídico-político, na medida em que institui todo um aparato fundamentado nessa ideologia para a implementação dessa política de drogas.

O artigo 2º, parágrafo único, a Lei de Drogas destina um especial valor nos casos de plantio, cultura e colheita de substâncias entorpecentes ilícitas utilizadas, exclusivamente, em prol do interesse medicinal ou científico” (BRASIL, 2006)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 4º. Integram o SISNAD:

I - o Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

I - o Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça; (Redação dada pelo Decreto nº 7.426, de 2010)

II - a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado;

III - o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º:

a) do Poder Executivo federal;

b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e

IV - as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

<sup>5</sup> Art. 2º (...)

A utilização de entorpecentes com cunho medicinal não raro ocorre no tratamento de algumas enfermidades e patologias, bem como no tratamento dirigido a dependentes, onde há a prescrição de uma droga menos prejudicial à saúde, a fim de propiciar a substituição de uma substância mais prejudicial por outra menos danosa até que se chegue a total abstinência (BIANCHINI, 2013, p. 36). É denominada política de redução de danos.

Nos artigos 31 e 32 da Lei 11.343/2006 estão dispostas as medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006)<sup>6</sup>. Com isso, a Lei de Drogas adentra no âmbito das políticas proibicionistas e o seu caráter punitivista pode ser facilmente observado. Na verdade, toda a parte que trata da vedação à comercialização de drogas segue a mesma ideologia instaurada na Lei 6.368/1976. Entretanto, é possível observar maiores repressões, representadas sobretudo pelo aumento de penas, criação de novas tipificações penais e restrições de direitos (BIANCHINI, 2013, p. 30).

O capítulo II da Lei em comento é destinado especificamente para a descrição de condutas consideradas criminosas e a cominação das respectivas penas. De uma forma geral, percebe-se que os tipos penais trazidos pela Lei 6.368/1976 foram conservados com uma majoração relevante da pena (BRASIL, 2006),

A Lei 11.343/2006 criou, ainda, novas tipificações como o tráfico privilegiado, disposto no art. 33, parágrafo 4º, em que a presença de circunstâncias preestabelecidas no caso concreto, necessariamente, ensejam a redução de pena, além do financiamento do tráfico de drogas, da colaboração com o tráfico e da condução de embarcações ou aeronaves após o consumo de drogas, previstos, respectivamente, nos artigos 36, 37 e 39, da *lex* em comento (BRASIL, 2006)<sup>7</sup>.

---

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

<sup>6</sup> Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

<sup>7</sup> Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

### 2.5.2. Posse de drogas para o consumo pessoal

Com a edição da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, o usuário de substâncias entorpecentes ilícitas passou a receber tratamento diverso. Insta pontuar, que o uso de drogas, em si, é atípico no Brasil (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 59). Entretanto, condutas preparatórias para o consumo são incriminadas, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006, as quais em conjunto são denominadas de porte de drogas para o uso pessoal.

O consumo de substâncias entorpecentes não é mais punido, criminalizado, o que se pune é o porte para uso pessoal, que, em caso algum, será aplicada a pena de prisão, mesmo em hipótese de reincidência. Trata-se de uma maneira indireta de criminalizar o consumo, posto que o legislador tipificou todas as condutas a ele relacionadas (DIEL; GIMENEZ, 2012, p. 10).

O núcleo do tipo penal estabelecido no artigo 28 da Lei de Drogas é adquirir, comprar, obter mediante certo preço; guardar, tomar em conta de algo, proteger; ter em depósito, manter em reservatório ou armazém; transportar, levar de um lugar para outro; ou trazer consigo, transportar junto ao corpo (NUCCI, 2006, p. 755).

Nesse sentido, as penas aplicáveis ao usuário de drogas ilícitas são a advertência, a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento obrigatório a curso ou programa educativo<sup>8</sup>. A justiça retributiva, essencialmente baseada em castigo e pena de prisão, fora

---

<sup>8</sup> O artigo 28 da referida lei assim dispõe: Art. 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º 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.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

substituída pela justiça restaurativa, que objetiva a reinserção social mediante penas alternativas e oferecimento de oportunidades e possibilidades de reflexão sobre o próprio consumo (DIEL; GIMENEZ, 2012, p. 3)

Para Daniel Nicory do Prado (2013, p. 46), a exclusão da previsão da pena de prisão para o usuário de drogas ensejou uma discussão no tocante à descriminalização do porte para uso, “ou até mesmo a criação de uma terceira espécie de infração penal, para além dos crimes e das contravenções”.

Luiz Flávio Gomes (2013, p. 113) defende que, em relação ao usuário e ao dependente de droga, houve a descriminalização formal da conduta, quando o fato deixa de ser crime, mas continua dentro do âmbito do direito penal. A posse de drogas para o consumo pessoal, portanto, deixou de ser crime no sentido técnico da palavra, mas continua sendo uma “infração penal *sui generis*”. Isto é, para o autor houve tão somente a descriminalização formal, e não a legalização (descriminalização substancial) da posse de drogas para o consumo pessoal, não sendo enquadrado o delito nem no rol dos crimes, nem no das contravenções.

Majoritariamente, defende-se que houve a despenalização do instituto. Despenalizar é atenuar a resposta penal, e impor, com isso, penas alternativas para o cometimento do delito (BIZZIOTO; RODRIGUES, 2007, p. 40). Nesse sentido, cabe destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLVI, aponta as possíveis respostas do Direito Penal para os crimes e inclui nesse rol, além da privação de liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988).

Dessa forma, entende-se que a exclusão da pena prisão o crime de porte de drogas para consumo pessoal não retirou seu caráter de crime. O que houve foi a atenuação da pena, da resposta do Direito Penal à prática do delito disposto no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Ocorre com a nova Lei, portanto, a expressa descarcerização do porte de entorpecentes para uso pessoal (CARVALHO, 1996, p. 194). É esse o entendimento que será adotado neste trabalho.

Assim, as ocorrências policiais permanecem na forma de autuação, mas não mais se imporá a prisão ao usuário ou a dependente, ainda que haja a apreensão da droga que estiver em sua posse (BIANCHINI, 2013, p. 33).

A descarcerização do porte de drogas para o uso pessoal denota uma mudança na política criminal de drogas, na medida em que reconhece o uso de substâncias entorpecentes como um problema de saúde e não mais como problema policial ou judicial. Por conseguinte, afasta o usuário do contexto do tráfico e dos efeitos dele decorrentes (PRADO, 2013, p. 47).

O art. 28, parágrafo 1º, da Lei 11.343/2006 dispôs como figura assemelhada ao porte para consumo pessoal, o cultivo de plantas para o preparo de pequena quantidade de drogas para o uso próprio (BRASIL, 2006).

Até a edição da Lei de Drogas em 2006, havia grande dúvida doutrinária no tocante ao melhor enquadramento do autocultivo. Havia quem defendesse a aplicação da punição por tráfico, por porte de uso, por analogia e até a atipicidade (NUCCI, 2009, p. 337).

Por esse motivo, a expressa equiparação do autocultivo ao porte para uso na Lei 11.343/2006 foi bastante elogiada pela doutrina, pois pacificou a controvérsia doutrinária e, ao mesmo tempo, diminuiu o risco de injustiças na aplicação da legislação no caso concreto (PRADO, 2013, p. 48)

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 757-758), o processo penal para aplicação das sanções das condutas dispostas no art. 28, da Lei 11.343/2006 dá-se da seguinte forma:

Advertência: o juiz deve designar audiência específica para tanto, nos moldes da audiência admonitória de concessão de sursis, para que, formalmente, o réu seja advertido (avisado, censurado levemente) sobre os efeitos negativos da droga em relação à sua saúde e à terceiros. [...] Prestação de serviços à comunidade: respeitam-se as regras gerais estabelecidas no Código Penal (art. 46) [...] no caso da Lei 11.343/06, constitui pena totalmente independente (art. 28, parágrafo 3º) [...] na Lei 11.343/06, a prestação de serviços à comunidade deve voltar-se, preferencialmente, a programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se destinem, fundamentalmente, à prevenção ao consumo e à recuperação do usuário e dependente de drogas; [...] a prestação de serviços à comunidade, quando não cumprida, sujeitará o sentenciado à admoestação verbal e/ou à aplicação de uma multa; [...] as penas prescrevem em dois anos. [...] Comparecimento a programa ou curso educativo: [...] não se mencionou a forma da obrigação de comparecimento a programa ou curso educativo. Por isso, a única maneira de se evitar a lesão ao princípio da legalidade [...] parece-nos que se deve fazer uma analogia com a prestação de serviços à comunidade. Desse modo, o juiz fixaria a obrigação de comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo mínimo de um dia até o máximo de cinco meses. [...] Em caso de reincidência, pensamos ajustável a aplicação dessa medida até o prazo de dez meses, como disposto no art. 28, parágrafo 4º.

Em caso de descumprimento das sanções, serão aplicáveis, sucessivamente, a admoestação verbal e a multa, denominada de “medida educativa” pela Lei de Drogas em seu art. 29 (BRASIL, 2006)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

De acordo com a inteligência do art. 28, parágrafos 2º e 3º, da Lei 11.343/2006, quando o usuário incidir em alguma das condutas previstas no *caput* da norma, o agente policial deverá encaminhá-lo ao juízo competente ou, na falta deste, lavrar um termo circunstanciado, no qual o usuário irá assumir o compromisso de a ele comparecer. Na falta de autoridade judicial, a autoridade da polícia judiciária tomará as medidas cabíveis que entender conveniente, com exceção da detenção do agente em virtude da expressa vedação legal (BRASIL, 2006)

Empós, se a autoridade solicitar ou o próprio usuário requerer, ele será submetido a um exame de corpo de delito, e, em seguida, liberado. Esse procedimento será processado e julgado consoante o artigo 60, e seguintes, da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos artigos 33 a 37 da Lei de Drogas, que dispõem acerca das sanções previstas ao tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006).

O tratamento compulsório para o usuário de drogas, via de regra, não foi adotado na Lei 11.343/2006. De acordo com seu art. 22, o tratamento será espontâneo, com feição de medida administrativa, e será realizado por vários profissionais com assistência familiar. O tratamento, no entanto, poderá ser obrigatório em casos de imputabilidade, como prevê o art. 45, parágrafo único, e será substitutivo para o semi-imputável (BRASIL, 2006).

Somente o porte para consumo próprio foi descarcerizado, logo, para identificar se a droga possuía como finalidade o consumo pessoal ou o tráfico, preceitua o artigo 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas, que o magistrado deverá atender “à natureza e à quantidade de substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente” (BRASIL, 2006).

Houve a adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal, posto que caberá ao juiz, à luz dos elementos identificados dispostos no art. 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal (NETO; ROSA; SOUSA, 2009, p. 7).

A principal problemática aqui discutida é a ampla discricionariedade da autoridade judiciária para determinar se a droga apreendida é ou não para uso pessoal, isto é, mediante a análise do caso concreto, o juiz considerará ou não o fato típico. A ausência de critérios objetivos para a identificação das ações de porte para consumo pessoal e tráfico deixa o indivíduo vulnerável, de maneira que só assevera o punitivismo penal, pois possibilita que “ações menos danosas sejam processadas e punidas como se tráfico fossem” (WEIGERT, 2010, p. 94).

O porte de drogas para consumo pessoal e o porte de drogas para o tráfico são tipos penais considerados mistos alternativos, construídos com a técnica da lei penal em branco, posto que existe, entre eles, um único elemento distintivo, qual seja a destinação da droga. Por essa razão, a correta análise da situação fática revela-se indispensável (PRADO, 2013, p. 55).

No delito de porte de drogas e em suas figuras equiparadas, a finalidade do entorpecente é o uso pessoal. Por sua vez, ainda que haja a previsão da finalidade no consumo compartilhado, nos termos do art. 33, parágrafo 4º (BRASIL, 2006)<sup>10</sup>, no tocante ao tráfico de drogas a destinação da mesma não é trazida na lei.

A doutrina mais tradicional compreende que é desnecessário demonstrar a destinação mercantil da substância para fins de caracterização do tráfico (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p. 87-88).

A ausência de previsão quanto à finalidade da droga no delito de tráfico operou um contexto de viabilização para que diversas condutas relacionadas ao uso pessoal de drogas, pudessem ser caracterizadas como tráfico. Assim, cabe ao réu, no caso concreto, o ônus da prova em relação a sua finalidade de agir (CARVALHO, 2009, p. 87-88).

A leitura do art. 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas, equivocadamente, denota uma certa completude e segurança dos critérios previstos, mas, em verdade, oferece um significativo poder discricionário ao aplicador do direito. A doutrina chama atenção para o fato desse ser o principal motivo do aumento da população carcerária após a edição da Lei 11.343/2006, em vista do aumento do número de enquadramento de usuários como traficantes (PRADO, 2013, p. 56).

As dificuldades para encontrar, nos critérios trazidos pela Lei, uma solução definitiva no tocante à diferenciação das condutas decorrem de uma questão estrutural. Os indicativos na trazidos na Lei 11.343/2006, por sua precariedade, nunca podem servir como fundamentos estanques de decisões, mas sim como meros parâmetros para classificar a conduta.

Como dito a Lei de Drogas, no tocante ao usuário, implementou, ainda, uma política de redução de danos sociais e à saúde, voltada para a prevenção do uso indevido de entorpecentes ilícitos e o fortalecimento dos fatores de proteção social.

---

<sup>10</sup>Art. 33 (...)

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

A política de redução de danos objetiva reduzir as sequelas advindas do consumo de drogas sem uma intervenção agressiva do Estado, assim, o usuário não sofrerá a abstinência total e imediata, na medida em que é

submetido a um processo com a atenção e o tratamento necessários. Em circunstâncias mais extremas, onde o indivíduo apresenta significativo comprometimento pelo consumo de entorpecentes, em que não consegue parar de usá-los, há a aplicação dessas alternativas para que não ocorra outros fatores que aumentem os danos sofridos, por exemplo a infecção com o vírus HIV mediante a utilização de drogas injetáveis (DIEL; GIMENEZ, 2012, p. 12).

A política proibicionista em relação ao usuário de drogas é caracterizada por sua incapacidade de solucionar o problema que se dispôs a resolver, e contribui ainda mais para a propagação dos efeitos colaterais da incriminação, dentre os quais, o ingresso do usuário no mundo da clandestinidade, que em se tratando de dependente, dificulta ainda mais o seu acesso aos programas assistências e de reabilitação (BIANCHINI, 2013, p. 3).

Ademais, a criminalização das drogas impede a devida fiscalização e o controle de qualidade das substâncias, fazendo com que muitos usuários, dependentes ou não, consumam drogas baratas, muito mais agressivas e até inutilizáveis.

É possível concluir que o proibicionismo, como o modelo padrão de controle de entorpecentes, surge em um cenário político e moral, totalmente desvinculado de qualquer base científica, na medida em que o entendimento norteamericano acerca do tratamento repressivo sobre as drogas foi facilmente imposto e aceitado por todos os países sem qualquer estudo prévio. Em um dado momento histórico, em razão do contexto socio-econômico vivido pelos EUA, entendeu-se que a guerra às drogas era a maneira ideal para lidar com a questão. Consequentemente, o problema das drogas foi criado e consolidado em normas internacionais, de forma a desrespeitar, inclusive, as peculiaridades culturais de diversos países.

Buscou-se nesse capítulo, portanto, entender os principais aspectos históricos e teóricos que permeiam o modelo proibicionista e indiretamente as suas falhas enquanto política que visa a erradicação do uso e do tráfico de drogas. O proibicionismo fracassou, uma vez que é facilmente possível constatar que o tráfico e o consumo de entorpecentes por parte da sociedade se mantêm ao longo do tempo, ainda que haja a criminalização dessas condutas.

Indubitavelmente, são reconhecidos no presente trabalho os inúmeros reflexos prejudiciais advindos da política proibicionista, como o aumento da população carcerária e a estigmatização do usuário. No entanto, o foco do estudo aqui proposto é outro. Quer se buscar, antes de tudo, compreender se o proibicionismo, no que tange especificamente ao porte de

drogas para o consumo pessoal, possui razão de ser à luz das teorias que legitimam a atuação penal. Trata-se de uma análise muito mais científico-jurídica, localizada em um momento anterior aos estudos dos danos causados pelo proibicionismo à sociedade.

Dessa forma, será utilizada como principal parâmetro de apuração da legitimidade do proibicionismo em detrimento ao usuário, e, portanto, da intervenção penal no delito de porte de drogas para o consumo pessoal, a teoria do bem jurídico penal e os axiomas dela decorrentes. Assim, revela-se imprescindível a detida análise do que essa teoria propõe, e, ao final, a identificação do bem jurídico tutelado pela criminalização do porte de drogas para o uso pessoal.

### 3 A LEI DE DROGAS EM FACE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

O problema da legitimidade da intervenção penal no delito de posse de entorpecentes para o consumo pessoal reside, a princípio, na fundamentação substancial do crime. Dessa forma, buscar o fundamento do delito significa perquirir quais as características que a conduta deve possuir para ser legitimamente entendida como criminosa pelo legislador.

É indiscutível que a resposta a tal questionamento não concentra-se apenas no conceito formal do delito, ou seja, que se aceite como suficiente somente à assertiva de que crime é tudo e, apenas, aquilo que o legislador assim entender (GIULIANI, 2016, p. 19). Assim, falar em legitimidade da intervenção penal é afirmar e entender os limites materiais indispensáveis ao Direito Criminal, limites estes que devem situar-se fora do âmbito do próprio Direito Penal para se firmarem como críticos, tanto ao ordenamento jurídico atual quanto ao a ser futuramente construído (DIAS, 2007, p. 107).

A ideia de que o direito deve ser fundamentado sobre princípios preexistentes que lhe legitimam surge com o Direito Penal moderno, quando o delito passa a ser concebido como um evento autônomo e distinto do pecado (BECCARIA, 2009, p. 75). A partir de então, os doutrinadores da área passaram a buscar e desenvolver parâmetros racionais, a fim de impor limites à atuação do Estado. Tais estudiosos desenvolveram esses mecanismos por entenderem a intervenção penal estatal como instrumento de privação da liberdade individual que carece, necessariamente, de uma justificação legítima (GIULIANI, 2016, p. 20).

Com isso, inúmeras teorias foram formuladas na busca pela atribuição de um critério que viabilizasse o exercício estatal, mas é na dogmática alemã, após um vasto desenvolvimento teórico, que estabeleceu-se que a intervenção penal encontra legitimidade mediante a aplicação da, ainda hoje aceita, teoria do bem jurídico-penal.

Assim, o primeiro pressuposto para a apuração dos limites da Estado, mediante o Direito Penal, reside na ideia de proteção dos denominados bens jurídicos.

Contudo, esse entendimento não é algo pacífico na doutrina. Günther Jakobs (2009, p. 22), em sentido contrário, aduz que a finalidade do Direito Penal é garantir a vigência das normas jurídicas, enquanto modelo de preservação do sistema penal e da própria ordem social. O Direito Penal serve, em verdade, para proteger a confiança que os indivíduos atribuem à norma penal, de maneira a harmonizar as expectativas geradas quanto ao comportamento de outrem nas relações sociais.

Isto é, para o filósofo, o Direito Penal atua em um momento posterior a criação de bens jurídicos, na medida em que, se presta à proteção da validade das normas penais.

A ideia de bem jurídico tem origem no contexto iluminista, fator que explica o seu caráter liberal (GIULIANI, 2016, p. 21). Nesses tempos, havia a iminente necessidade de restringir a atuação estatal, o que ensejou a criação de doutrinas que fortalecessem os direitos individuais característicos do Estado Democrático.

Naquele momento, ainda não era possível falar na existência de um conceito de bem jurídico delimitado e propriamente dito, contudo, foram firmadas as premissas para o seu ulterior aprimoramento. Desse modo, após um período de amadurecimento científico, foi concebido na doutrina um parâmetro “relativamente estável”, relacionado à definição de bem jurídico. Entendeu-se que o Estado só poderia agir mediante a imposição de uma sanção se porventura restasse verificada a lesão ou exposição de perigo de um bem jurídico penalmente tutelado (BECHARA, 2009, p. 17).

Com isso, a ideia de bem jurídico passou a fundamentar-se, necessariamente, em um dano objetivo, isto é, na ofensa ou ameaça de ofensa a um bem jurídico-penal indispensável a vida do indivíduo e da sociedade. A compreensão de dano, quer seja à sociedade, quer seja ao indivíduo, foi, portanto, utilizada para limitar a atuação penal do Estado (D’AVILA, 2009, p. 61).

Em outras palavras, a criminalização de uma dada conduta deveria manifestar, de maneira imprescindível, o desvalor da ofensa e não mais representar a mera desaprovação moral de um determinado modo de ser (GIULIANI, 2016, p. 22).

Nesse sentido, para Luciano Anderson de Souza (2011, p. 169), na tarefa de apuração da legitimidade de um tipo penal, a primeira questão que deve orientar o intérprete diz respeito ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Somente a proteção do bem jurídico, *ratio essendi* da proibição de determinada conduta, legitima a forma mais repressiva da atuação estatal em um Estado Democrático: a intervenção do Direito Penal.

A temática do bem jurídico, no entanto, em razão de inúmeros acontecimentos históricos ao longo do último século, é objeto de especial atenção da doutrina de inúmeros países, face a nova configuração social do mundo e a necessidade de seguir construindo um Direito Penal baseado em fundamentos materiais que justifiquem e, ao mesmo tempo, delimitem a intervenção estatal (SWOBODA *apud* GIULIANI, 2016, p. 22).

Trata-se da finalidade precípua da teoria do bem jurídico-penal, que se traduz no imperativo de que só é possível a tipificação de condutas que ofendam interesses jurídicos penalmente relevantes (D’AVILA, 2009, p. 66).

No momento em que define-se que a intervenção penal só será legítima quando o resultado derivado de uma conduta compreender uma ofensa a um bem jurídico, admite-se a

exclusão do âmbito do Direito Penal de tudo aquilo que não se enquadra nessa condição. Por essa razão, defende-se que a função da teoria do bem jurídico traduz-se, antes de tudo, em uma função de garantia por precisar exatamente o que se protege e o porquê se protege (GIULIANI, 2016, p. 23).

A problemática na conceituação em torno do bem jurídico é notória e incontestável. Contudo, não exista unanimidade na doutrina penalista no tocante a sua exata definição, pode-se dizer que há uma certa identidade em relação ao que compõe o cerne principal do seu conceito (DIAS, 1999, p. 62).

Em termos gerais, define-se como bem jurídico todos os interesses necessários para “o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases”. É o denominado conceito crítico de bem jurídico (ROXIN, 2012, p. 296).

Nesse sentido, o bem jurídico merecedor de proteção penal deve apresentar-se como imperioso à satisfação de uma necessidade básica para a vida digna e promoção da personalidade, ou à manutenção das condições de liberdades e dignidades objetos de interesses individuais (DANTAS, 2009, p. 110).

Para Claus Roxin (2006, p. 18-19), a função do Estado consiste em garantir aos indivíduos uma vida livre e socialmente segura. Somente quando essas garantias não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos, autoriza-se a atuação do Direito Penal. A visão extraída da concepção roxiniana acerca do Direito Penal, denota a real função dos bens jurídicos, qual seja a busca do equilíbrio das relações interpessoais.

Emília Merlini Giuliani (2016, p. 22-23) ensina que, sendo o bem jurídico reflexo de valores da vida e das coisas, ele não deve estar adstrito a uma definição estanque e acabada, tendo em vista as inúmeras possibilidades que a vida real apresenta. Assim, reconhecer uma certa transcendentalidade em seu conteúdo representaria, não só seu caráter crítico, mas também o seu vínculo com a realidade social mutável (WOHLERS, 2011, p. 99-100).

A teoria do bem jurídico assim concebida possui caráter garantidor, uma vez que normas penais são consideradas ilegítimas quando não há lesão ou ameaça de lesão ao livre desenvolvimento dos indivíduos (ROXIN, 2012, p. 297).

Dessa forma, o conceito crítico de bem jurídico restringe a discricionariedade do legislador penalista, uma vez que impõe limites a sua atuação. Isto é, o legislador só poderá atuar em casos de lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos necessários ao desenvolvimento do ser humano.

Nota-se, portanto, que a concepção do bem jurídico reflete suas duas funções: a função negativa, traduzida na ideia de que somente as condutas que atinjam interesses jurídicos tidos como cruciais para o indivíduo e a sociedade são passíveis de criminalizações; e a função positiva, quando percebe-se que o próprio constituinte expressamente prevê quais serão estes bens jurídicos, objetos de proteção penal. Na medida em que estabelece-se a existência de interesses jurídicos imprescindíveis à vida digna, o próprio Estado autoriza a repressão de toda e qualquer conduta que, concreta ou abstratamente, venha a ofendê-los. Fala-se aqui em “mandados expressos de criminalização”, que decorrem dos “imperativos de tutela” (SANTOS, 2011, p. 92).

No contexto iluminista de criação da teoria do bem jurídico, era absolutamente aceitável, e até exigível, a limitação do poder punitivo do Estado contra lesões aos direitos individuais civis e políticos de primeira geração, pois o que se pretendia, inicialmente, era o afastamento integral do arbítrio estatal nos direitos dos cidadãos. Ocorre que, com o fenômeno atual do Estado Constitucional e a vinculação do Poder Público à teoria dos direitos fundamentais, estes passaram a ser considerados como diretrizes da atuação estatal. Em outras palavras, os direitos fundamentais perderam o seu caráter de defesa contra o abuso estatal e assumiram uma feição positiva, uma vez que impuseram constitucionalmente a criminalização de condutas que lesionem-os (SANTOS, 2011, p. 92).

Assim, o bem jurídico é uma autêntica diretriz de orientação ao legislador, um limite formal ao procedimento de criminalização (GRECO, 2017, p. 203). Não se aceita um delito sem que exista um bem jurídico tutelado, que é a verdadeira materialização dos valores constitucionais concernentes aos direitos fundamentais dignos de tutela penal (BECHARA, 2009, p. 18).

Somente os bens mais importantes para a convivência dos indivíduos em sociedade podem ser tomados como referência para a elaboração de uma norma penal incriminadora. Exatamente em virtude dessa essencialidade, a teoria do bem jurídico difundiu-se na doutrina como o principal limite para a criminalização de condutas nos sistemas da civil *law* (RAPOSO, 2011, p. 106).

O bem jurídico revela-se, portanto, como baliza de legitimidade na criação da lei penal, bem como orientação da aplicação concreta da pena, frente a necessidade de o magistrado verificar, efetivamente, a existência da ofensa a que tenha sido exposta o interesse jurídico (DANTAS, 2009, p. 108-109).

Para Wolfgang Wohlers (2011, p. 99) no que toca ao seu objetivo, qual seja fornecer uma base plausível capaz de conduzir o legislador, e, por conseguinte, legitimar a tutela penal,

a teoria do bem jurídico fracassou. Para o doutrinador, a ideia de bem jurídico resulta de padrões externos sociais a ele dirigido, o que enseja um papel eminentemente negativo, destinado a legitimar delitos que protegem interesses conforme o moralismo de uma dada sociedade.

A apuração da legitimidade da norma penal em face da teoria do bem jurídico pauta-se em princípios que norteiam a sua verificação, seja em âmbito abstrato, quando da criação da lei, seja em âmbito concreto, a partir da aplicação e interpretação da norma. Tais princípios fazem do próprio texto constitucional o escudo contra a atuação estatal na vida privada (MACHADO, 2013, p. 200).

Em vista disso, para a melhor compreensão do que propõe-se no presente trabalho revela-se indispensável o estudo dos axiomas principiológicos que fundamentam a teoria do bem jurídico, a saber: o princípio da intervenção mínima, o princípio da lesividade e o princípio da alteridade.

### 3.1. INTERVENÇÃO MÍNIMA

O Direito Penal só é legítimo quando revela-se adequado e necessário para a consumação da finalidade a qual se presta. Assim, sendo a intervenção penal a maior ofensa à esfera de liberdade do indivíduo, a atuação do Estado, mediante a criminalização de condutas, só será legítima quando não existir outro meio menos gravoso para punir o comportamento. Trata-se da necessária concepção do Direito Penal como último fim do poder estatal, ou seja, como *ultima ratio* na tutela dos bens jurídicos (SANTOS, 2016, p. 42-43).

O princípio da intervenção mínima possui origem no Iluminismo e expressa o caráter fragmentado e subsidiário do Direito Penal, uma vez que autoriza a incriminação de uma dada conduta somente quando outra via de intervenção estatal não for suficiente para a proteção do bem jurídico que se quer tutelar. Mais especificamente, a partir da fragmentariedade, entende-se que apenas os interesses jurídicos relevantes merecem proteção penal, enquanto que pela subsidiariedade, o Direito Penal só deve atuar no momento em for demonstrado que outras áreas do saber jurídico não mostrarem-se capazes de atingir a paz social (PELARIN, 2002, p. 124-125).

Esse pensamento possui sustentáculo no princípio constitucional da proporcionalidade e da necessidade e impõe, quando na presença de duas formas de sanção, sempre a escolha que traga menor gravidade para o indivíduo. Dessa maneira, não deve o Direito Penal ser aplicado quando existirem outras modalidades de controle social que revelam-se capazes para a proteção do bem jurídico tutelado (SANTOS, 2016, p. 42-43).

Em outras palavras, só legitima-se a criminalização de um fato se a mesma constitui-se como mecanismo indispensável para a proteção de um determinado interesse jurídico. Se outros mecanismos de sanção revelarem-se satisfatórias para a tutela desse bem, a criminalização é inoportuna (LUISI, 1991, p. 25).

Assim, não se justifica a atuação do Direito Penal, quando a intervenção da Administração Pública, mediante a sujeição do regime jurídico administrativo, for suficiente e adequada para a devida proteção do bem jurídico em questão (DANTAS, 2009, p. 111)

Segundo Luigi Ferrajoli (2010, p. 101-102), o Direito Penal só deve intervir quando “à época dos fatos for autorizado pela lei para o caso específico, e, mesmo assim, o mínimo possível, levando-se em conta os aspectos sociais e culturais da população local, bem como a gravidade da conduta do agente e a relevância do resultado produzido”. O autor assevera, ainda, que a punição não deve ser maior do que o dano objetivamente causa pelo agente.

O modelo de estado minimalista estabelecido pelo jurista é pautado na existência de dez axiomas, os quais são considerados imprescindíveis para a materialização de um Direito Penal mínimo. Dentre as premissas admitidas pelo autor, está o princípio da intervenção mínima, impondo que não há lei penal sem necessidade.

Ao lado do princípio da intervenção mínima, Ferrajoli (2010, p. 91-92) estabelece que: *i*) não há pena sem crime; *ii*) não há crime sem lei; *iii*) não há necessidade de lei penal sem lesão; *iv*) não há lesão sem conduta; *v*) não há conduta sem dolo e sem culpa; *vi*) não há culpa sem o devido processo legal; *vii*) não há processo sem acusação; *viii*) não há acusação sem prova que a fundamente; e *ix*) não há prova sem ampla defesa.

O jurista italiano admite, ainda, a existência do chamado Direito Penal Máximo, que, em sentido diametralmente oposto ao minimalismo estatal, atua como verdadeiro “*prima ratio*”, na medida em que propõe a elaboração de novos delitos e a majoração das penas dos já existentes como forma de desincentivar o cometimento de infrações criminais. O que se visa com o Direito Penal Máximo, segundo Ferrajoli, é que nenhum agente deixe de ser punido, ainda que não tenha sido comprovado se ele era realmente culpado. A pretensão em punir sobrepõe-se a “incerteza e imprevisibilidade” (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

Cabe salientar que, diferentemente do que se pode concluir, o minimalismo penal não possui o escopo de abolir o Direito Penal, mas somente diminuir o *jus puniendi* estatal e ampliar as garantias destinadas aos indivíduos.

Incontestavelmente, a verdadeira missão do Direito Penal consiste na proteção de valores especialmente relevantes, quer seja para o indivíduo, quer seja para o convívio social. Por essa razão, só deve intervir quando, comprovadamente, as demais formas de controle social

do Estado não forem suficientes para tutelar aqueles bens, tidos de maior importância (DAVID, 2015, p. 23).

### 3.2. LESIVIDADE OU OFENSIVIDADE

A defesa dos bens jurídicos é considerada um verdadeiro princípio formador da Ciência Penal e possui estrita relação com a necessidade de limitação da intervenção estatal na vida dos indivíduos.

Nesse sentido, o Estado não possui uma finalidade própria, mas serve para a promoção da manutenção e desenvolvimento das garantias dos cidadãos. Portanto, esse deve ser o fundamento da teoria do bem jurídico, afinal o núcleo valorativo do Estado Democrático de Direito é a pessoa humana, e, por isso, ela deve ser o parâmetro delimitador do bem jurídico. Nesse contexto, sendo o direito fundamental à liberdade o principal valor pertencente ao indivíduo, a sua limitação somente será admitida, quando a ponderação entre o princípio da intervenção penal estiver pautada na efetiva necessidade de tutela de outros bens jurídicos possuidores de igual valor que justifique a sua restrição (DAVID, 2015, p. 30-32).

Segundo o princípio da lesividade ou ofensividade do delito, o fato será considerado como ilícito penal se for lesivo, concretamente ofensivo ou simplesmente perigoso, ao interesse jurídico que se quer tutelar. Dessa forma, afirma-se que todo crime deve resultar da lesão ou da ameaça de lesão a um bem jurídico, de forma a exigir, necessariamente, que no instante da aplicação da norma penal a conduta no caso concreto tenha o ofendido ou colocado em perigo (DAVID, 2015, p. 35).

O princípio da ofensividade fundamenta uma concepção de crime, o qual sua estrutura está assentada na lesão ou ameaça de lesão a bens juridicamente protegidos. O preenchimento, por si só, dos requisitos formais de tipicidade não são, portanto, suficientes para caracterizar uma conduta como ilícito penal. É imprescindível que o ilícito seja construído a partir do desvalor do seu resultado, que consiste na ofensa a bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal (SANTOS, 2016, p. 17).

O princípio da lesividade exige, portanto, que não exista delito sem lesão ou ameaça de ofensa a um bem jurídico: *nullum crimen sine injuria*. Tal axioma limita o poder punitivo do Estado de maneira a não permitir que o legislador proíba condutas, nem obrigue a sua realização, senão em decorrência do resultado lesivo a um bem jurídico relevante para a sociedade. Não apenas o caráter formal do princípio da ofensividade é suficiente, mas também

o material, no sentido de que o valor lesionado ou posto em perigo, imprescindivelmente, careça da tutela penal (CALLEGARI, 2007, p. 146).

A norma penal, portanto, deve prevenir os mais sérios prejuízos pessoais e sociais ocasionados por resultados lesivos, de forma a rechaçar a incriminação de condutas puramente imorais ou estados de ânimos reprováveis. Impõe-se tal premissa a fim de garantir uma maior proteção a liberdade individual de consciência e autonomia, bem como a tolerância jurídica à condutas que, ainda que lesivas, não atinja terceiros (FERRAJOLI, 2010, p. 426-429).

Nesses termos, evita-se que a lei penal assuma papel meramente proibitivo, com caráter intimidativo junto a outras normas civis e administrativas (PELARIN, 2002, p.157)

A compreensão do delito como ofensa ao bem jurídico reflete um modelo de Estado laico, plural e tolerante, no qual inexistente espaço para a punição de condutas antissociais ou meras desobediências. A única concepção de delito que coaduna-se com os valores constitucionais possui fundamento na proteção ao bem jurídico, no entendimento do crime como lesão ao interesse jurídico penalmente tutelado (SANTOS, 2016, p. 15).

Ou seja, para que um comportamento seja um ilícito-penal não bastará que seja considerado uma infração a orientação éticas, morais ou divinas. É imprescindível que lesione ou exponha a perigo valores jurídicos (BIANCHINI, 2002, p. 56).

Segundo Daniel Leonhardt dos Santos (2016, p. 19-20), a concepção de delito como ofensa a bens jurídicos decorre de uma exigência constitucional. Conforme o autor, a própria principiologia presente no texto constitucional, inclusive em seu preâmbulo, reflete a adoção de preceitos inerentes a ofensividade, princípio fundamental de proteção de bens jurídicos.

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos relaciona-se a um entendimento crítico do Direito Penal e denota uma base político-ideológica própria ao Estado democrático e social de Direito, cujo principal valor é a preservação de garantias e direitos fundamentais. A ofensividade, portanto, consiste em um axiomático limite à atuação do legislador criminal, na medida em que age como verdadeira barreira ao autoritarismo estatal (SANTOS, 2016, p. 14).

O princípio da ofensividade parte da premissa da concepção do crime como um ato contrário a norma de valoração. A ilicitude compreenderá o desvalor do resultado da conduta, ou seja, da ofensa ou ameaça de ofensa ao bem jurídico tutelado. A “desvalorização” advém do duplo entendimento da conduta e do resultado como objetos da norma. Nesse sentido, atua, também, o atributo material da antijuricidade, isto é, não basta que a conduta contrarie a ordem jurídica (antijuricidade formal), mas que também, ao violar a ordem jurídica, ofenda ou exponha a perigo de lesão determinados interesses jurídicos (CALLEGARI, 2007, p. 146-147).

Defende-se um duplo alcance do princípio da lesividade: primeiramente sobre o legislador, no momento da eleição do bem jurídico que se quer tutelar; e, por outra parte, sobre o magistrado, quem não pode limitar-se com a mera adequação formal do comportamento com fato descrito pela norma, mas terá que demonstrar que a conduta efetivamente lesionou ou colocou em perigo o interesse jurídico protegido pela lei (CALLEGARI, 2007, p. 145);

Para Fábio Guedes de Paula Machado (2013, p. 204-206), o princípio da ofensividade assume diversas funções. Inicialmente, a sua função crítica ou político-criminal impõe á escolha dos objetos de proteção. A função hermenêutica, por sua vez, orienta à interpretação constitucional no sentido de evitar a existência de normas que incriminem condutas que não tutelem bem jurídico com caráter penalmente relevante. Por fim, a função dogmática refere-se intimamente ao bem jurídico e à tipicidade. O bem objeto de tutela constitui a base do delito, razão pela qual a lesividade da ação ou omissão constitui um componente essencial da sua tipicidade.

A limitação decorrente do princípio da lesividade no âmbito legislativo impõe que o legislador penal esteja adstrito à criação de delitos que visem a proteção da bens jurídicos-penais axiologicamente ligados à Constituição. Já no âmbito jurisprudencial, a ofensividade direciona a conduta do hermeneuta e aplicador do direito na tarefa de verificar no caso concreto a existência de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido (SANTOS, 2016, p. 28).

Para Luigi Ferrajoli (2010, p. 311-312), o princípio da lesividade, incorporado aos ordenamentos avançados como uma verdadeira garantia, inclusive constitucional, exige do Direito Penal a tutela de bens fundamentais. Dessa forma, assume uma verdadeira função de tolerância, na medida em que é capaz de reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário, e, com isso, reforça a sua legitimidade e credibilidade.

Merece destaque intelectual que a concretização da lesão pode ou não ocorrer sendo irrelevante para a satisfação do princípio da lesividade, razão pela qual esse princípio não impede a punibilidade da tentativa (RODRIGUES, 2009, p. 35).

Portanto, não compreende legítima a intervenção penal face a condutas que não revelam-se como ofensivas a bens jurídicos-penais, seja em virtude da lesão concreta ou do risco de lesão.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito que atribui especial valor não só a liberdade, como também a autonomia individual, entender em que medida a titularidade dos bens jurídicos interfere na intervenção penal é essencial para a apuração da legitimidade de qualquer norma incriminadora. Isto é, deve-se buscar compreender em que grau a

transcendentalidade da conduta e dos interesses jurídicos tutelados atinge a legitimidade do exercício do *jus puniendi*.

### 3.3. ALTERIDADE, BILATERALIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

Amoldando-se à ideia do Direito Penal mínimo e dos enunciados do princípio da lesividade, a atuação punitiva somente justifica-se em relação à condutas que transcendam terceiros, e, por conseguinte, atinjam as esferas de liberdade alheias (CALLEGARI, 2007, p. 146)

Torna-se indevida toda e qualquer ampliação da proteção penal que vise à tutela de interesses do próprio autor da conduta, não sendo permitida a existência de leis incriminadoras que restrinjam a liberdade do mesmo, quando em decorrência de comportamentos que digam respeito ao exercício da sua própria autonomia individual (DANTAS, 2009, p. 110).

Segundo Ferrajoli (2010, p. 428), a imposição das normas penais fica adstritamente subordinada à lesividade de bens jurídicos que se encontrem na esfera de titularidade de terceiros. Trata-se de um axioma que impõe que o dano causado a outrem seja o fundamento da norma incriminadora, bem como os critérios e a medida de pena.

O princípio da alteridade, também conhecido como bilateralidade ou transcendentalidade, corrobora, ao mesmo tempo que complementa, o princípio da lesividade. De acordo com ele, não é possível a criminalização de um comportamento iminentemente interno e subjetivo do agente que, por essa própria razão, não cause dano à terceiros. O fato considerado crime presume, destarte, que a atitude transcenda, necessariamente, o âmbito individual e atinja interesse jurídico de outrem, motivo pelo qual ninguém será penalizado por ocasionar um mal a si mesmo, salvo se sua intenção for lesionar terceiro. Assim, ainda que exista o interesse jurídico carecedor de tutela penal, por pertencer exclusivamente ao responsável da conduta criminosa, o Direito Penal não está autorizado a agir (CASAGRANDE; SILVA, 2010, p. 13).

Nesse sentido, Mariângela Gama Magalhães Gomes (2003, p. 81) assevera que o Direito, via de regra, atua a partir da conduta de dois sujeitos, da “alteridade”, motivo pelo qual não possui importância para a ciência jurídica os comportamentos meramente individuais, ainda que pecaminosos ou imorais. Assim, só as condutas capazes de lesionar ou expor a lesão direitos de outras pessoas pode ser objeto da intervenção penal.

É ilegítima toda e qualquer proscricão que não observe tais pressupostos.

A responsabilidade penal depende do princípio da alteridade como um dos seus embasamentos substanciais. As autolesões, por não interferirem na paz e no convívio comunitários, não interessam ao Direito. Em outras palavras, por não atingirem propensões sociais elementares, a “autocolocação em perigo” não pode ser proibida, tendo em vista a ausência de ofensividade a um dado bem jurídico pertencente a titularidade de outrem (PEÑA, 2010, 70-71).

Nas hipóteses de “heterocolocação em perigo” assentida, o ofendido detém uma função secundária, posto que o terceiro possui o controle objetivo acerca da realização do dano. Por sua vez, na “autocolocação em perigo” com participação de terceiro, o ofendido é quem domina o monopólio sobre a ação de risco. A mera anuência ou o conhecimento da vítima não são suficientes para a imputação penal. Deve-se verificar quem possui, no caso concreto, o domínio da ação. Nos termos do princípio da alteridade, o que define a responsabilidade é, portanto, quem detém o controle do risco, razão pela qual se a vítima detiver o controle da conduta, haverá um resultado autolesivo e inofensivo para a sociedade, e, portanto, desprezível para o Direito Penal (PEÑA, 2010, 76).

Assim, para que um fato seja previsto na norma como crime, é necessário que haja um bem jurídico tutelado e pertencente a outrem a ser lesionado com a prática da conduta criminosa. O princípio da alteridade, como bem lembra Cristiano Rodrigues (2009, p. 35), visa coibir a criminalização de fatos internos, pautados em sentimentos, vontades, desejos, valores e condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio agente.

Assim tal mandamento principiológico exerce um papel primordial na própria manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que impede que um delito seja criado apenas em virtude de interesses estatais, ou de certos grupos dominantes. Ademais, evita-se que a intervenção penal se dê como instrumento de discriminação, de controle e repressão sociais ilegítimos, como depreende-se em regimes de características totalitárias. Em virtude dessa premissa, ninguém poderá, por exemplo, ser punido pelo o que é ou por sentir, ou desejar algo que não penetre na esfera alheia, o que irrefutavelmente garante a liberdade de opinião e pensamento individuais (RODRIGUES, 2009, p. 37).

Nessa linha intelectual, Daniel Nicory do Prado (2012, p. 8) ao tratar sobre o tema observa que:

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua “Introdução aos princípios da moral e da legislação”, que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à

ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, impor leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos.

Diversos comportamentos autolesivos, ainda que considerados reprováveis, imorais ou, que quando praticados por terceiros sejam passíveis de punição, são excluídos do âmbito de atuação do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro. Rememora o referido autor que o ato de se prostituir é conduta atípica, no entanto, quem explora, induz ou favorece a prática comete o delito capitulado nos artigos 228 a 330 do Código Penal. Outro exemplo é o suicídio. Induzir, instigar ou auxiliar o suicídio é crime, nos termos do artigo 122 do Código Penal, não obstante a tentativa de tirar a própria vida não ser penalizada (PRADO, 2012, p. 9).

O comportamento potencialmente autolesivo, quando muito, poderá ser punível por outras áreas do Direito, como ocorre na condução de veículos automotores sem o devido uso de equipamentos de segurança pessoal. Tal conduta não sofre intervenção do Direito Penal, porém é prevista como infração administrativa passível de imposição de pena de multa, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro (PRADO, 2012, p. 9).

Por meio do princípio da alteridade, materializa-se a preocupação e o cuidado na defesa com a máxima liberdade individual não comprometida do livre-arbítrio alheio. Ademais, preserva-se a tolerância no que toca aos comportamentos que refletem de forma exclusiva a consciência interna de cada indivíduo e não causam nenhum prejuízo ao corpo social.

Perante o exposto, a regular tutela penal é constada na medida em que revela-se adequada e necessária para amparar o bem jurídico que se quer resguardar da lesão ou ameaça de perigo de dano. Ao lado disso, em face da necessária transcendência da conduta lesiva e do próprio interesse jurídico protegido, o mesmo deve encontrar-se na esfera alheia de titularidade (DANTAS, 2009, p. 110).

Desse modo, está vedado ao Direito Penal a criminalização de condutas autolesivas. Estas, imperiosamente, devem ser tratadas como um indiferente penal, justamente porque a ofensa ao bem jurídico em jogo não enseja qualquer prejuízo a direito de outrem, e, por conseguinte, não compromete a ordem social.

Nessa linha, à luz da teoria do bem jurídico penal e dos três axiomas principiológicos daí oriundos, conclui-se que a análise da legitimidade da intervenção penal na posse de drogas para o consumo pessoal depende, em primeiro lugar, da verificação acerca da existência de um bem jurídico protegido pela norma. Também, deve-se apurar se o interesse tutelado atinge a esfera jurídica de terceiros ou se trata-se tão somente de uma conduta

autolesiva, sob pena de permitir abusos e incertezas jurídicas, conflitantes com os valores de um Estado de Direito.

#### 3.4. BEM JURÍDICO TUTELADO NA LEI DE DROGAS

Na Ciência Penal a problemática da legitimação das normas volta-se, portanto, à procura de um interesse jurídico que justifique a proteção penal, uma vez que desde a sua origem o bem jurídico representou um sistema de freios e limitação a atividade estatal (PELARIN, 2002, p. 158). Assim, em linhas gerais, foi evidenciada a importância do papel da teoria do bem jurídico na delimitação da intervenção penal.

Brilhantemente, Juarez Taraves (1992, p. 79) afirma que o legislador, ao criminalizar condutas, não deve olvidar-se de que as mesmas são resultados de seres humanos socialmente inseridos em um real contexto de motivação. Por essa razão, a intervenção penal só terá sentido quando prestar-se a coibir uma lesão que, concreta ou potencialmente, desestruture o convívio social. Adverte o autor que, desta forma, não deve ser admitida disposição penal em que inexistente bem jurídico tutelado, e revele-se, por si só, como mera norma de obediência.

A lei penal deve ser clara, portanto, e também estrita no tocante ao bem jurídico protegido, cuja ofensa deve, necessariamente, representar um desvalor jurídico tão significativo que justifique o enquadramento da conduta como crime. Ademais, a transparência da norma busca viabilizar a correta interpretação do aplicador, posto que a ausência de conhecimento acerca do que se quer proibir e o porquê proíbe-se enseja não só a ilegitimidade da proscricção, como também a má aplicação da norma.

No momento em que se conhece o interesse jurídico tutelado pela lei e as suas características particulares, as chances de constatar-se a inexistência de legitimidade são expressivamente diminuídas e o potencial crítico da lei é mantido (GIULIANI, 2016, p. 26).

Em que pese a identificação do bem jurídico que determinado crime destina-se a proteger possa parecer fácil, nem sempre a simples leitura do tipo penal deixa claro qual o interesse efetivamente tutelado.

Defende-se com segurança que o crime de posse para o consumo pessoal foi classificado pelo legislador como delito contra a saúde pública, em razão da própria redação conferida aos artigos inseridos no Capítulo II, da Lei 11.343/2006, que trata da reinserção social dos usuários e dependentes de drogas (GIULIANI, 2016, p. 25).

Ocorre que, dada a sua natureza supraindividual, que pressupõe um maior grau de abstração e “distanciamento da realidade”, em termos práticos a identificação precisa do dano causado ao bem jurídico saúde pública com o delito de posse de drogas para o consumo pessoal torna-se, ainda mais, difícil (GIULIANI, 2016, p. 25).

Assim, sendo a teoria do bem jurídico instrumento que delimita o alcance da intervenção penal e a saúde pública o interesse supostamente protegido pelo delito de posse de entorpecentes para uso pessoal, a análise mais aprofundada acerca de suas características revela-se imperiosa para a questão aqui discutida.

### **3.4.1. A Saúde Pública e a tutela dos bens jurídicos supraindividuais**

Dentro do cenário de surgimento de novos direitos, o Estado passa a utilizar-se do Direito Penal como instrumento de implementação de políticas públicas voltadas a tutela desses novos valores. Assim, o exercício do *jus puniendi* estatal em áreas que, supostamente, ensejam um dano coletivo resta legitimado, justamente em virtude da obrigação de coibir o risco social. Não mais destina-se a política criminal unicamente à proteção de bens jurídicos clássicos, concretos e individuais, mas cuida-se também de interesses genéricos e abstratos, cuja conceituação assume caráter tão vago que impõe a necessidade de refletir acerca do verdadeiro papel da norma incriminadora.

A tutela dos denominados bens jurídicos supraindividuais, ou coletivos, fundamenta-se na utilização da teoria do bem jurídico, não através dos delitos de dano objetivo, mas sim, dos denominados crimes de perigo para os quais é suficiente a mera ação. Em síntese, penaliza-se a desobediência. Sobre o tema o jurista Evandro Pelarin (2002, p. 153), assevera que a corrente protetiva dos bens coletivos ocasiona sérias dificuldades na comprovação da efetiva lesão ou da ameaça de perigo ao bem jurídico e do nexos causal, o que enseja afronta aos princípios penais da lesividade e da intervenção mínima.

Nesse contexto, a Constituição e os direitos fundamentais individuais por ela resguardados são invocados para embasar uma nova compreensão de Direito Penal. E com isso, a sua conseqüente necessidade de acompanhar o aumento da complexidade das relações sociais e dos surgimentos novos bens jurídicos. O texto constitucional é, portanto, tomado para justificar a necessária expansão do Direito Penal, razão pela qual questiona-se o papel limitativo do bem jurídico, na medida em que a sua ampliação pode ensejar o afastamento de garantias formais e materiais tuteladas em um Estado Democrático de Direito (PELARIN, 2002, p. 154-158).

Em que pese o reconhecimento das novas ameaças advindas da sociedade de risco, a previsão de bens jurídicos coletivos, tidos como essenciais, impescinde de um fundamento racional, que efetivamente se amolde aos princípios penais basilares. Assim não permite-se que o processo de “desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico” e a previsão de tipos penais baseados em bens jurídicos meramente aparentes (PRANDO; STAFFEN; RIBEIRO, 2016, p. 199-200).

Como visto, a teoria do bem jurídico desde sua origem refletiu a necessidade de amoldar a descrição típica do delito à realidade social, notadamente, a partir da aplicação dos princípios dos da intervenção mínima, da lesividade, da alteridade e suas demais acepções, para verificar a danosidade social causada pela conduta incriminadora. Exclui-se a possibilidade da utilização da tutela antecipada penal, a fim de tornar legítima a criminalização de determinados comportamentos. Assim, a penalização de condutas com fundamento na proteção de bens jurídicos de titularidade coletiva só se legitima diante do comprovado dano social, ou ameaça de perigo, e não da mera ação do suposto ofensor (PELARIN, 2002, p. 158).

No tocante ao porte de drogas para o consumo pessoal, defende-se, como já dito anteriormente, que o bem jurídico tutelado é de natureza coletiva, posto que a norma cuidaria da proteção da saúde pública (SOUZA, 2011, p. 169).

Com isso, o enquadramento do delito como contrário à saúde pública enseja duas grandes problemáticas: a primeira, no tocante à conceituação do que é saúde pública; e a segunda, relativa à verificação da ofensividade deste bem. Em vista disso, a doutrina identifica parâmetros para verificar se, de fato, o bem jurídico saúde pública deve ser classificado como supraindividual, e, por conseguinte, aferir a legitimidade das incriminações das condutas que prestam-se a tutelar interesses jurídicos dessa natureza (HEFENDEHL 2010, p. 114).

Preliminarmente, pontue-se que o conceito de bem jurídico supraindividual não pode estar relacionado apenas ao interesse comum da coletividade, sob pena de seu entendimento restar insuficiente (GIULIANI, 2016, p. 27).

Para Roland Hefendehl (2010, p. 114-116), uma vez que os bens jurídicos ligam-se diretamente aos interesses humanos, bens jurídicos coletivos devem ser considerados quando sua afetação verdadeiramente toca aos indivíduos, de forma a coibir incriminações e ideologias que visam penalizar condutas apenas com base em padrões morais. Por essa razão, o autor defende a existência de características objetivas comuns à interesses jurídicos de natureza coletiva, as quais devem estar presentes a fim de evitar o desvirtuamento da finalidade do Direito Penal.

Nessa linha, a teoria pessoal do bem jurídico, proposta por Hefendehl, aponta peculiaridades que compõem o núcleo conceitual dos chamados bem jurídicos supraindividuais, quais sejam a “não exclusão do usufruto” e a “não rivalidade no consumo”. Segundo o autor, o primeiro significa que ninguém que esteja submetido ao âmbito de alcance do bem coletivo poderá ser excluído do direito de gozá-lo, ao passo que, a não rivalidade consiste no fato de que a sua utilização por determinado indivíduo não prejudica, nem tampouco interfere, no consumo daquele mesmo bem por outra pessoa.

A partir do momento em que sabe-se a composição do bem jurídico coletivo resta viabilizada a sua identificação enquanto tal para em fins práticos, e, conseqüentemente, a legitimidade da lei penal que destina-se à sua proteção (GIULIANI, 2016, p. 28).

Adverte Hefendehl (2010, p. 116) que a característica da não exclusividade do gozo está, por sua vez, intrinsecamente ligada ao predicado “da não distributividade”. Isto é, “um bem é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob formas de cotas”. Assim, sendo o bem jurídico supraindividual utilizado indistintamente por toda uma coletividade, inexistente a possibilidade de sua repartição entre os destinatários. Por essa razão, quanto mais particularizada é a referência da titularidade do bem, no tocante aos membros da sociedade, menor será o seu caráter coletivo.

Feita a delimitação conceitual dos bens jurídicos supraindividuais e compreendido seu significativo caráter abstrato, conclui-se que somente quando a sua fruição se der contrariamente às disposições legais é que se pode evidenciar a possibilidade lesão ou a ameaça de perigo, capazes de viabilizar a proteção penal. Isto é, em virtude da impossibilidade da ofensa ao bem jurídico coletivo, enquanto objeto concreto e mensurável, a sua lesão evidencia-se com a subversão do ordenamento jurídico. Por isso mesmo, a apuração dessa ofensa é a tarefa mais difícil para o aplicador do Direito no caso concreto (GIULIANI, 2016, p. 28).

Segundo Emília Merlini Giuiani (2016, p. 30-31), o primeiro contato com a saúde pública tem o condão de identificá-la imediatamente como bem jurídico de natureza supraindividual. Contudo, a sua análise mais profunda em confronto com as características aqui mencionadas inerentes aos bens coletivos, leva à conclusão de que, diferentemente do que o adjetivo denota, a saúde pública, em verdade, não compõe o rol de interesses jurídicos supraindividuais.

Segundo a autora, infere-se que o bem jurídico saúde pública possui uma certa “pessoalidade” e “distributividade” que lhes são intrínsecas, vez que cada indivíduo está adstrito apenas a sua própria condição de saúde. É inconcebível, portanto, segundo Emília Giuiani a ideia de desfrutar uma saúde pública, se nem ao menos há como imaginar de que

modo se dá a sua fruição coletivamente. E por essa própria razão, o mesmo ocorre com a característica da não exclusão no usufruto e da não rivalidade no consumo: não há como não excluir alguém ou atingir o seu direito de gozar da saúde pública, se inexistente a própria possibilidade de, de fato, utilizá-la. O que concebe-se é a fruição da saúde individual por parte de cada titular, de forma a não ensejar qualquer “concorrência” com o seu uso pessoal.

Portanto para Emília Merlini Giuiani (2016, p. 32), trata-se, em verdade, da soma de inúmeros bens jurídicos individuais (saúde individual), uma vez inexistente um conteúdo minimamente palpável capaz de viabilizar a concepção da saúde pública enquanto bem jurídico coletivo. Adverte, ainda, a autora que para que uma conduta típica seja materialmente crime, é necessária a lesão a um bem jurídico, então a lesão deve ser identificável, concreta ou abstratamente. Caso contrário, se não for possível determinar, previamente, de que maneira ou quando o bem jurídico supostamente tutelado considera-se ofendido, não é possível falar em delito em sua acepção material, sendo, portanto, ilegítima a intervenção penal estatal.

Ademais, a magnitude da ofensa a um dado bem jurídico não altera a sua natureza. Isto é, o fato de a conduta ser potencialmente capaz de acarretar efeitos danosos sobre um significativo número, e até imprevisível, de interesses jurídicos individuais não faz com que ela seja considerada uma conduta lesiva a um bem jurídico coletivo (GIULIANI, 2016, p. 30).

Ocorre que, a tese de que a saúde pública não pode ser considerada como bem jurídico de natureza supraindividual não é pacífica na doutrina.

Nesse sentido, no que tange ao delito de porte de drogas para o uso pessoal, João Paulo Orsini Martinelli (2009, p. 16) entende que na medida em que inúmeros indivíduos consomem entorpecentes, a soma dessas autolesões individuais tem o condão de atacar a saúde pública. De acordo com o autor:

Tal ideia pode ser vinculada à teoria dos delitos por cumulação, proposta por Kuhlen, segundo a qual a lei pode proibir comportamentos individuais que, isoladamente, não representem dano a um bem, mas, se ocorrerem cumulativamente, podem ser prejudiciais.

Contudo, o problema proposto no presente trabalho é anterior à teoria do delito ou da apuração se o bem jurídico saúde pública possui ou não natureza supraindividual. Reside a análise aqui proposta em uma questão de legitimidade da norma. Para tanto, revela-se imprescindível analisar se a posse de drogas para o consumo pessoal tutela ou não a saúde pública. E, em caso negativo, qual é o bem jurídico tutelado que legitima a intervenção penal e em que medida a sua ofensa atinge a esfera jurídica de terceiros.

### 3.4.2. O bem jurídico Tutelado na posse para consumo pessoal

Como visto, para se apurar a legitimidade de um tipo penal, a primeira questão que deve orientar o intérprete diz respeito à existência do bem jurídico protegido pela norma penal e em que medida a sua lesão ofende a terceiros. A proteção do interesse jurídico impõe que a ofensa, resultante da conduta criminosa, atinja a esfera de titularidade de outrem como *ratio essendi* da criminalização da conduta. Somente esse fundamento legitima a intervenção penal a partir da via mais repressiva de controle social de um ordenamento democrático de direito (SOUZA, 2011, p. 169).

Assim, no caso do porte pessoal para uso, o indivíduo lesionado jamais poderia ser o próprio consumidor de drogas, e sim outra pessoa. O Direito Penal só é legítimo quando presta-se à proteção de lesões ou ameaça de perigo a interesses jurídicos alheios nos termos do princípio da bilateralidade.

Sendo a alteridade, pressuposto indispensável de legitimidade da atuação do Estado a partir do Direito Penal, como já dito, convencionou-se no discurso jurídico, que a criminalização da posse de drogas para o consumo pessoal fundamentar-se-ia em razão da expansibilidade do perigo à saúde coletiva. Para tanto, utiliza-se do argumento de que a proteção da saúde pública, necessariamente, dependeria da inexistência de demanda para o tráfico. A criminalização da posse de drogas para o consumo pessoal teria o objetivo reprimir o tráfico de entorpecentes ilícitos, pois não haveria traficância se não houvesse mercado consumidor (MARONNA, 2012, p. 4).

Ademais, defende-se que o uso de entorpecentes propiciaria o cometimento de outros delitos correlatos, como crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio.

Trata-se, no entanto, de verdadeira demonização do usuário, pois não há fundamentos plausíveis que atestem a ligação entre a posse de substâncias psicoativas para o consumo próprio e a prática criminosa. Acolher como motivação para a criminalização da posse de entorpecentes para o uso pessoal a punição ao tráfico, significa aceitar como parâmetro de incriminação a responsabilidade objetiva, uma vez que estar-se-á penalizando o consumidor de drogas, unicamente em razão de atos de terceiros (traficantes). A consequência lesiva não é atribuída ao autor original, o que viola, portanto, o princípio da responsabilidade penal pessoal (MARONNA, 2012, p. 4).

Cristiano Ávila Maronna (2012, p. 4) indica a existência de um “antagonismo” entre a destinação de drogas para o consumo pessoal e a criminalização da conduta como fundamento

para a proteção da saúde pública. Para o autor, se o uso é pessoal afeta, tão somente, a saúde individual, logo, não há alteridade, somente autolesão, o que retira a legitimidade da intervenção penal.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam (1991, p. 126) é categórica, ao afirmar que o uso próprio de entorpecentes não ocasiona qualquer dano à bens jurídicos pertencentes a terceiros.

E na mesma linha intelectual, Luciano Anderson de Souza (2011, p. 169) assevera que partindo do pressuposto de que o bem tutelado pelo delito de consumo pessoal de drogas seria a saúde pública, não se constata efetivamente o grau em que a saúde fisio-psíquica coletiva, quer seja de um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, é lesionada em decorrência do consumo de drogas. O bem jurídico que atingido é, em verdade, a saúde individual da própria pessoa que faz uso de entorpecentes.

Por ausência de ofensa à saúde pública na posse de drogas para consumo pessoal, não há transcendentalidade do bem jurídico no delito, pois não comprova-se a existência da lesão à esfera jurídica de terceiros com a conduta criminalizada (SILVEIRA, 2007, p. 417-418).

E é justamente pela não referência a outrem, que o consumo de drogas deve ser considerado como uma verdadeira autolesão, e, portanto, impunível em face dos princípios norteadores da teoria do bem jurídico. A criminalização do tipo estudado reflete um exacerbado paternalismo estatal, razão pela qual torna-se inaceitável a sua proibição pelo Direito Penal (SOUZA, 2011, p. 170).

O papel do Direito Penal não é educar moralmente pessoas adultas, isto é, não cabe ao Estado vigiar a moralidade na vida privada de cada indivíduo, mediante o exercício do papel de polícia em detrimento dos costumes (MARONNA, 2012, p. 4).

Claus Roxin (2008, p. 52), ao estudar o tema, brilhantemente, pontua que trata-se na verdade de uma “possível” autolesão. Para o jurista alemão o delito não refere-se ao fundado consumo de entorpecentes, mas sim, a posse para o uso, o que de longe não assegura seu efetivo consumo.

Penaliza-se pelo simples porte destinado ao consumo do próprio agente. E, ainda que haja o uso, o interesse jurídico atingido é a saúde individual do próprio usuário. Indiretamente, a pessoa sob uso de entorpecentes pode – e não, necessariamente, irá! – lesionar a esfera jurídica de outrem. O dano está adstrito ao próprio agente. Exclusivamente. (MARTINELLI, 2009, p. 16)

Assim, o Direito Penal das drogas pune a posse de entorpecentes para uso pessoal com objetivo de evitar um futuro e eventual perigo abstrato. Além de um intolerável

utilitarismo, a criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal viabiliza a instrumentalização da dignidade humana e coisifica a pessoa (MARONNA, 2012, p. 4).

Tal assertiva afasta, ainda mais, uma justificação válida material do delito pois reflete um extremo meio de coerção moral exercida por parte do Estado, que pune comportamentos em virtude de seu caráter imoral ou pervertido atribuído a uma determinada sociedade (ROXIN, 2012, p. 299-303).

Luciano Anderson de Souza (2011, p. 171), assevera que é tautológica a alegação de que trata-se de um crime de perigo abstrato ou presumido, tendo em vista que nem em tese cogita-se o risco da coletividade em virtude de uma possível autolesão.

Nesse sentido, para o autor deve ser rechaçado qualquer argumento que pretenda ver justificada a criminalização da posse de drogas para o consumo pessoal, assentado no princípio da precaução. Tal premissa justificaria a incriminação de uma conduta, que supostamente possa vir a lesionar um bem jurídico de outrem, mesmo que não haja certeza científica para essa conclusão. Não é esse o caso do porte de drogas para o consumo pessoal. O bem jurídico quando lesionado é unicamente a saúde individual do agente.

Roxin elege o consentimento da vítima como elemento delimitador do legislador, na atuação do seu papel constitucional de tipificar condutas. Nesse sentido, o autor adverte que a consciente autolesão, ou a sua possibilitação, não legitima uma punição, uma vez que a teoria do bem jurídico resguarda a tutela de interesses jurídicos face à terceiro, e não face a si mesmo. O paternalismo estatal, mediante o Direito Penal, só é aceito quando trata-se de deficiência de autonomia do ofendido, isto é, em caso de indivíduos que não compreendem de maneira correta o risco que correm (ROXIN, 2006, p.23).

Cumprido salientar que, a Constituição garante ao indivíduo o direito à saúde (art. 6.º, *caput*), cabendo ao Estado a obrigação de propiciar os mecanismos necessários para a realização do direito (BRASIL, 1988).

O art. 28 da Lei de Drogas transforma esse direito em dever, na medida em que penaliza o cidadão em decorrência de um comportamento autolesivo. Ou seja, entende-se como punição a consequência do descumprimento de um determinado dever imposto pelo Estado. Assim, quando pune-se em virtude do consumo de drogas, impõe-se ao usuário a obrigação de não autolesionar-se. Trata-se de solução teratológica (GARCIA, 2012, p. 6).

Em suma, infere-se que não há mais como prevalecer a ultrapassada e equivocada aceção de que a posse de drogas para o consumo pessoal afeta a saúde pública, uma vez que o interesse jurídico atingido com a conduta é, tão somente, a saúde individual do usuário de

entorpecentes. Da mesma forma, é forçoso reconhecer que a lesão ou a exposição ao perigo da saúde individual atinge unicamente a esfera jurídica do próprio agente.

Sendo assim, o porte de drogas para o uso pessoal, se ensejar a ofensa ou ameaça de perigo, configurará exclusivamente uma autolesão, posto que inexistente transcendentalidade do resultado da conduta incriminada.

Logo, é possível concluir que em face da ausência de lesão ou ameaça de lesão à bem jurídico de outrem, isto é, em face do que prevê a teoria do bem jurídico, é ilegítima a intervenção penal do porte de drogas para o consumo pessoal.

## **4 DA ILEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL DE DROGAS**

A problemática acerca da ilegitimidade da intervenção penal no porte de drogas para o consumo de entorpecentes não é algo novo na doutrina e na jurisprudência. Vários são os debates travados que buscaram discutir qual o bem jurídico tutelado pela norma e se a conduta é realmente capaz de lesionar, ou ao menos expor à perigo, interesses de terceiros.

Para superar esse obstáculo, criou-se no Poder Judiciário de diversos países entendimentos, os quais colocam a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal em detrimento, não só da já estudada teoria do bem jurídico como também de outros princípios basilares daquele ordenamento jurídico específico.

A maioria dos estados em desenvolvimento, especialmente os países da América Latina, continuam adotando o modelo proibicionista por diversos motivos, principalmente, em razão da influência dos EUA e o temor de sanções econômicas previstas para o não cumprimento de acordos internacionais (RODRIGUES, 2006, p. 45). Não obstante, já é possível observar uma sutil alteração das políticas de drogas nacionais pela via judicial.

Dessa forma, analisar-se-á de maneira comparada algumas das principais decisões judiciais que permeiam o tema estudado no presente trabalho, haja vista a importância que as teses firmadas pelas cortes judiciais possuem.

Será, ainda, em razão de sua especial relevância, examinado em tópico específico o entendimento que o Superior Tribunal Federal está firmando sobre a matéria.

### **4.1 UMA ANÁLISE COMPARADA DE DECISÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM A MATÉRIA**

Nessa parte do trabalho, objetiva-se, portanto, realizar uma análise comparada de alguns dos principais julgados estrangeiros sobre o tema drogas ilícitas e uso pessoal.

Inúmeras são as decisões ao redor do mundo acerca da matéria, no entanto, foram reputados como mais importantes, e, assim eleitos como objeto de pesquisa desse trabalho, três julgados específicos, além da abordagem da problemática pela Suprema Corte Brasileira, a qual, como dito, será trazida em tópico apartado.

Serão estudadas criticamente as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, decisão contrária a descriminalização da posse de entorpecentes para o consumo próprio pela via judicial, e os entendimentos firmados pela Suprema Corte Argentina e pela Corte

Constitucional da Colômbia, que já se posicionaram a favor da descriminalização da referida conduta.

#### **4.1.1. O caso *Cannabis*: o julgamento do BVerfGE 90, 145 pelo Tribunal Constitucional Alemão**

Em 09 de março de 1993, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, negou no julgamento do BVerfGE 90, 145, caso *Cannabis*, a existência de um direito a se intoxicar (*Recht auf Rausch*). Por esse motivo entendeu pela viabilidade da manutenção da criminalização do tráfico e da posse de entorpecentes para o consumo pessoal como a regra da política de drogas do país.

A Corte Alemã teve que analisar se as normas penais contidas na Lei de 28 julho de 1981, Lei de Substâncias Entorpecentes Alemã (*Betäubungsmittelgesetz*), notadamente as previsões de penas de prisão para o comércio ilegal de *cannabis* e derivados, eram ou não compatíveis com a Carta Constitucional germânica (BELTRAME, 2012, p. 1611).

Questionou-se no julgamento, se qualquer transação dependeria da autorização estatal, fato que distinguiria a negociação legal da ilegal. A lista de entorpecentes que possuem a comercialização proibida abordava a *cannabis* em folhas, sementes e resinas ou, ainda, na forma concentrada, e excepcionava a regra para a comercialização voltada para fins de produção do cânhamo ou científico. Assim, fora contestada a proporcionalidade da sanção penal da norma, em razão da ausência de previsão de outros entorpecentes na referida lista, como o álcool e o tabaco (BELTRAME, 2012, p. 1611).

Sobre o tema, Priscila Akemi Beltrame (2012, p. 1611) observa que:

A constitucionalidade das normas penais da Lei de Substâncias Entorpecentes foi confrontada com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Constituição; a constitucionalidade da previsão da aplicação da pena prisão com o art. 2º, parágrafo 2º, alínea 2, da Constituição; e a constitucionalidade da diferença no tratamento de substâncias entorpecentes diversas em face do art. 3º, parágrafo 1º, da Constituição.

O art. 2º, parágrafo 1º, da Constituição Alemã tutela toda forma de atividade humana, contudo, apenas o direito de determinar o curso de sua própria vida possui proteção absoluta, que afasta interferências estatais desde que não ofenda direitos de terceiros. O uso de drogas não poderia estar inserido nesse núcleo, em virtude dos efeitos indiretos trazidos para a sociedade. Assim, para o Tribunal Alemão não existe um direito de intoxicar-se, o que não

significa, no entanto, que a conduta sempre deva ser objeto de sanção penal (BELTRAME, 2012, p. 1611).

Robert Alexy (2012, p. 355-357), ao tratar acerca do princípio da liberdade, garantido pela Constituição Alemã, associa-o a um conceito limitado pela dignidade da pessoa humana. Esse limite que trata o autor legitima o chamado “princípio da liberdade negativa”, na medida em que permite a intervenção estatal na seara privada individual em determinadas situações. Segundo o autor:

O Tribunal Constitucional Federal Alemão resume a sua concepção por meio de uma fórmula acerca da natureza humana. Segundo essa fórmula, a norma da dignidade humana será baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade. A Constituição Alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado com uma comunidade e a ela vinculado. (...) o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada. Essa fórmula máxima não apenas diz que a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes.

Para explicar a adoção da política de drogas vigente na Alemanha, a Corte Constitucional fundamentou-se na adesão às convenções internacionais sobre entorpecentes, impõem o uso de medidas penais para combater a toxicomania e o tráfico de drogas. A própria Corte reconhece a ausência de base científica que sustente que o proibicionismo é realmente tese mais correta (BELTRAME, 2012, p. 1612).

A Lei de Entorpecentes Alemã, modificada em 1998, em sua Seção 31, autoriza que Ministério Público não imponha uma sanção, ainda que esteja prevista a pena de até 05 (cinco) anos, se o crime for considerado como de menor potencial ofensivo. Nessas hipóteses, não há interesse público em prosseguir com a ação ou o indivíduo adquire, cultiva, compra ou possui entorpecentes para o seu consumo pessoal em pequenas quantidades (RODRIGUES, 2006, p. 107).

Para o Tribunal Alemão, nos casos de pequena quantia de drogas, para uso próprio, tal conduta não deve ser considerada crime, em virtude da culpa insignificante e pequena proporção do dano causado (MENDES, 2015, p. 38).

Em outras palavras, a Corte Constitucional Alemã decidiu que a ação oriunda da posse de pequenas quantidades de drogas (*cannabis*) poderia, via de regra, ser encerrada sem que haja risco para outras pessoas (ALBRECHT, 1999, p. 24).

Para Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006, p. 108), desde então, a posse de *cannabis* na Alemanha não mais enseja processo penal, quando presentes as seguintes condições: (i) uso pessoal; (ii) pequena quantidade; (iii) uso ocasional; (iv) inexistência de danos a terceiros. Nos demais casos, a Corte Alemã manteve a vigência da norma proibitiva disposta na Lei de Drogas, a qual foi considerada por ela constitucional.

No tocante aos outros entorpecentes, a autora relembra que não há a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade nos casos de porte ou uso pessoal de substâncias até 2 (dois) gramas de heroína e cocaína, e entre 10 (dez) a 30 (trinta) tabletes de *ecstasy*. Em tais situações são aplicadas, normalmente, medidas alternativas, tratamento ou multa.

O comércio, o cultivo e a fabricação ilícitos de drogas estão entre os delitos mais graves da Alemanha, e, portanto, são sancionados duramente. No entanto, existe a distinção entre as condutas básicas de tráfico, puníveis até 05 (cinco) anos de pena privativa de liberdade, e as situações mais graves, em que estão presentes circunstâncias agravantes como, por exemplo, o tráfico profissional, o perigo de morte para várias pessoas e a venda a menores, com penas de 1 (um) a 15 (quinze) anos (RODRIGUES, 2006, p. 108).

A manutenção da punição da posse de entorpecentes, e, por outro lado, a possibilidade de não aplicação da pena, em virtude da insignificância da culpa ou da irrelevância do dano causado, segundo Claus Roxin (2012, p. 299) ensejou uma insegurança jurídica, a qual teria sido evitada se a norma fosse considerada simplesmente inválida.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo a Corte, é aplicado não a diferentes domínios de vida, mas a diferentes formas de desenvolvimento, como o direito à autoapresentação, autopreservação e autodeterminação. Este garante ao sujeito determinar sua própria identidade e liberdade e não ser punido em razão disso (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 175-176).

Não obstante a análise de diversos dispositivos da Lei, objeto de julgamento, em suma, a decisão determinou que: (i) a posse superior a 7,5g (sete gramas e meio) de *cannabis* e derivados pode ser considerada crime; (ii) que a posse inferior a essa quantidade não deve ser considerado crime; e (iii) a criminalização da *cannabis* em relação a outras substâncias, tidas como legais, não ofende o princípio da igualdade (BELTRAME, 2012, p. 1612).

A Lei de Drogas Alemã face a possibilidade de não punibilidade do usuário de pequenas quantidades de drogas, pela simples atuação do Promotor, despenalizou o instituto, ainda que tenha sido mantida a natureza proibitiva da conduta (RODRIGUES, 2006, p. 108).

Em que pese a edição da Lei em 1981, que acrescentou inúmeras medidas de redução de danos para condutas relacionadas às drogas, e, por conseguinte, colocou a Alemanha

entre os países mais avançados acerca da questão, no julgamento do BVerfGE 90, 145 fora mantida a natureza criminal da posse de entorpecentes para o uso pessoal, através da declaração de constitucionalidade da norma proibitiva (RODRIGUES, 2006, p. 108).

#### **4.1.2. Decisões favoráveis a descriminalização pela via judicial**

Em 05 de maio de 1994, a *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*, Corte Constitucional Colombiana declarou a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para o uso pessoal.

No caso concreto, o réu foi condenado à prática do delito disposto no art. 51 da Lei 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacientes, que previa para a conduta de posse de entorpecentes para consumo pessoal, até a quantidade de “dose pessoal”, a pena de prisão de até 30 (trinta) dias, se primário, ou de 1 (um) mês a 01 (um) ano, se reincidente, cumulado com multa (COLOMBIA, 1986).

Segundo o art. 2º da mesma Lei, é considerada dose pessoal a quantidade de até 20 (vinte) gramas de maconha, 05 (cinco) gramas de haxixe, 01 (um) grama de cocaína ou derivados e de 02 (dois) gramas de metaqualona (COLOMBIA, 1986).

A defesa interpôs recurso perante a Corte Constitucional da Colômbia, composta por nove ministros, a qual julgou procedente a demanda para dar provimento a impugnação. Assim, fora absolvido o condenado pela prática do crime de posse de drogas para o uso pessoal, uma vez que o fato foi considerado impunível (COLÔMBIA, 1994).

No julgamento, relatoria do ministro Carlos Gaviria Diaz, após algumas considerações iniciais acerca do uso, em si, de drogas e o direito à saúde amparado pelo ordenamento jurídico da Colômbia, o principal argumento invocado pela Corte reside no respeito ao “direito ao desenvolvimento gratuito da personalidade” (COLÔMBIA, 1994).

Não obstante a Colômbia, já ter, anteriormente, legitimado normas de caráter altamente punitivos no tocante ao uso de entorpecentes ilícitos (PRADO, 2013, p. 50), entendeu-se na decisão que o porte de drogas para o uso próprio é reflexo do exercício dos direitos pessoais e subjetivos do auto. Por essa razão, segundo a Corte colombiana inexistente qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico de outrem na posse de entorpecentes para o consumo pessoal, e, por isso, o comportamento não pode ser submetido a ingerências estatais (COLÔMBIA, 1994, p. 17-18)

Do ponto de vista teórico, para Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2009, p. 10), a descriminalização da conduta de porte de drogas, reconhecida pela Corte Constitucional

Colombiana, funda-se na defesa do direito à privacidade e na liberdade de os indivíduos disporem de seu próprio corpo, como também na ausência de lesividade a terceiros pelo uso de entorpecentes.

A declaração de inconstitucionalidade do art. 51 da Lei 30 ocasionou grandes discussões no cenário político colombiano. O Presidente da República na época censurou a medida judicial e convocou um referendo para reverter a decisão, no entanto, a Corte Colombiana declarou a inconstitucionalidade da tentativa de convocação popular. Considerou-a como um mecanismo que visava o não cumprimento da decisão do Tribunal (SÁNCHEZ, 2004, p. 101).

Cerca de mais de uma década após a descriminalização da posse de drogas para o uso pessoal pela via judicial na Colômbia, em 25 de agosto de 2009, o Tribunal Constitucional Argentino, *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, no julgamento da Causa n. 9.080, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecentes para uso pessoal, para também decidir que o tipo penal é inconstitucional.

Em decisão unânime dos sete magistrados, dois foram os principais argumentos nos quais se assentaram o julgamento da Suprema Corte argentina: a ausência de eficiência do tipo penal como instrumento de combate ao uso de drogas na sociedade; e, sobretudo, a violação ao art. 19 da Constituição Argentina que dispõe que condutas privadas não interessam ao Direito Penal, somente a Deus e aos próprios indivíduos.

A Lei 23.737, de 21 de setembro de 1989, Lei de Tóxicos da Argentina, previa em seu art. 14, parágrafo segundo, a pena de 01 (um) mês a (02) dois anos de prisão pela prática do crime de posse de drogas para o consumo pessoal.

Na situação fática do Caso *Arriola*, como ficou conhecido, cinco indivíduos foram condenados em primeiro grau pelo cometimento do delito disposto no art. 14, parágrafo segundo, da Lei 23.737, por portarem cigarros de maconha para o uso pessoal (ARGENTINA, 2009, p. 8).

A decisão, inicialmente, rememora o histórico jurisprudencial da Corte acerca do delito em questão, posto que essa não foi a primeira vez que o Tribunal Argentina debruçou-se sobre a matéria (ARGENTINA, 2009, p. 11-13).

O primeiro fundamento utilizado pela Corte Argentina consiste na ineficácia da incriminação, uma vez que dados extraídos de relatórios das Nações Unidas e estatísticas oficiais demonstraram o crescente aumento no consumo de drogas na sociedade, ainda que a conduta fosse proibida pelo Direito (ARGENTINA, 2009, p. 13-15).

O segundo argumento reside no âmbito da esfera privada individual. O direito à privacidade, igualmente reconhecido por tratados internacionais de direitos humanos, possui tutela constitucional no já mencionado art. 19 da Carta Magna Argentina, e, portanto, detém verdadeira função de limitar a atuação arbitrária e abusiva do Estado na vida privada dos cidadãos. Assim, o exercício da autonomia privada, desde que não cause danos a terceiros, não pode sofrer intervenção estatal (ARGENTINA, 2009, p. 18).

Isto é, o porte de drogas para o consumo exclusivamente pessoal, não afetaria, em regra, a esfera jurídica alheia, lesionando-a ou expondo-a a perigo, e por essa razão estaria amparado pelo art. 19 da Constituição da Argentina. O art.19 é, segundo a Corte, a expressão do ideal liberal que garante que cada indivíduo possui o direito de escolher seu próprio plano de vida (GRECO, 2010, p.87).

A Suprema Corte Argentina também fundamentou-se em uma série de argumentos adicionais (GRECO, 2010, p. 87-88). O primeiro deles consiste na ideia de que a punição dos usuários para atingir os traficantes configura verdadeira instrumentalização daqueles, o que não deve ser admitido.

Outra questão suscitada está relacionada ao art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)<sup>11</sup>, que impõe um verdadeiro compromisso de proteção às vítimas, através do acesso à justiça.

Nesse sentido, para Luiz Flávio Gomes (2009, p. 2), dos argumentos invocados na sentença em debate, um dos pontos mais importantes está relacionado a Reforma Constitucional Argentina de 1994, a qual incluiu os tratados de direitos humanos, inclusive, a Convenção Americana, à Constituição Argentina em seu art. 75, inciso 22<sup>12</sup> (ARGENTINA, 1994).

<sup>11</sup> Artigo 25 - Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

<sup>12</sup> *Artículo 75- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y*

Segundo o autor, a Reforma de 1994 reconheceu a relevância das disposições internacionais de proteção dos direitos humanos, motivo pelo qual o Estado “abriu mão, em certo sentido, ainda que parcialmente, de sua soberania ilimitada” (GOMES, 2018, p. 2).

Para a Corte Argentina, a criminalização da posse de drogas para o consumo próprio enseja à persecução penal e, por conseguinte, uma segunda vitimização das principais vítimas da droga: os próprios usuários. Por fim, frisou-se que a tutela do indivíduo contra si mesmo não cabe ao Direito, nem tampouco ao Direito Penal, e que a punição do usuário de drogas é um desperdício de recursos estatais, os quais deveriam estar sendo utilizados no combate ao tráfico de entorpecentes ilícitos.

Assim, descriminalizou-se a posse de drogas para o uso pessoal para maiores. A decisão frisou que não tratava de legalizar a droga no país. A mesma continuaria proscrita, contudo, a posse em pequena quantia, para consumo exclusivamente pessoal, não mais poderá sofrer intervenção penal (ARGENTINA, 2009, p. 24).

Também fora decidido que o Poder Público deveria garantir uma política contra o tráfico de drogas e assegurar medidas de prevenção, como campanhas educativas de informações aos malefícios causados pelas drogas destinadas sobretudo aos grupos mais vulneráveis (ARGENTINA, 2009, p. 28-29).

O ministro Raúl Zaffaroni, considerado um dos criminalistas mais prestigiados da América Latina, em seu voto, disse que não obstante não ser o papel do controle de constitucionalidade julgar a política criminal, era necessário fazê-lo quando houvesse uma manifesta contradição entre a norma impugnada e os efeitos oriundos. Assim, pontuou

---

*Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

Zaffaroni que a decisão da corte, inequivocadamente, não prejudica, mas favorece a manutenção da política criminal de repressão ao tráfico (ARGENTINA, 2009, p. 75).

Entre os anos 70 e 80, preponderou na Argentina, assim como em toda América Latina, a política repressiva de drogas com forte influência norte americana. No entanto, na medida em que as falhas do proibicionismo foram evidenciadas, cresceu-se a necessidade de rever os rumos da política interna de entorpecentes. Em 1986, no julgamento do Caso *Bazterrica*, a Suprema Corte Argentina chegou a declarar inválida uma norma penal que punia o uso de entorpecentes (GOMES, 2009, p. 1). Contudo, foi, efetivamente, o Caso *Arriola* o divisor de águas no país acerca do tratamento destinado ao usuário.

A partir de então, com a declaração de inconstitucionalidade do delito de posse de drogas para o consumo pessoal pelo Tribunal Argentino e pela Corte Colombiana, o uso de entorpecentes passou a ser considerado conduta inerente ao círculo íntimo e privado do indivíduo. Por essa razão, desde que não ocasione lesão a bens jurídicos de terceiros, encontra-se protegido de quaisquer intervenções penais.

Evidencia-se que os fundamentos jurídicos e a forma como se deu a declaração de inconstitucionalidade da posse de entorpecentes para o uso pessoal na Colômbia e na Argentina foram bem semelhantes. Ambos os países descriminalizaram a conduta pela via judicial e invocaram como principais teses a violação ao direito fundamental à privacidade e ao princípio penal da lesividade. Tais mandamentos, como se viu, funcionam como verdadeiros limites a atuação estatal, sobretudo, a intervenção do Estado mediante a imposição de sanções privativas de liberdades. Conforme se verá, é esse o caminho que a jurisprudência brasileira, notadamente o Superior Tribunal Federal, parece estar trilhando.

A descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal parece ser a tendência mundial que boa parte dos Estados vem seguindo, na medida em que percebem que o Direito Penal não revela-se como forma mais eficiente para alcançar os objetivos almejados pela política proibicionista de drogas (GOMES, 2018, p. 2).

#### 4.2 A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tramita na Suprema Corte Brasileira o Recurso Extraordinário – RE 635.659, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em 2010, em favor do recorrente condenado pela prática do delito porte de droga para o consumo pessoal.

Fora reconhecida a repercussão geral do tema tratado, e em 2015, o julgamento foi iniciado. Com isso, coube ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade do art.

28 da Lei 11.343/2006, sob enfoque das garantias individuais, sobretudo o direito à intimidade e à vida privada constitucionalmente tutelados.

Assim, a Corte máxima do Poder Judiciário Brasileiro, também guardião da Carta Magna de 1988, deverá buscar um juízo crítico acerca do caráter penal da posse de drogas para o uso pessoal e analisar se o art. 28 está atingindo as finalidades propostas pela atual política atual de drogas à luz das garantias constitucionais.

Pelo que se poderá notar com os votos dos ministros até então proferidos, o Supremo Tribunal Federal já admite a descriminalização do porte de drogas para o uso pessoal, ainda que em graus distintos.

Assim, caminha-se para uma possível declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 como medida para coibir a manutenção de uma norma no ordenamento jurídico em desconformidade com a Constituição Federal brasileira.

#### **4.2.1 O Recurso Extraordinário n. 635.659**

O Recurso Extraordinário – RE 635.659 foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, em 09 de agosto 2010, pugnando pela absolvição do recorrente com fundamento na ausência de tipicidade da conduta. O mesmo fora condenado em primeiro grau à pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade, em virtude da prática do delito de posse de drogas para o consumo pessoal.

A magistrada de piso da 2ª Vara Criminal da Comarca de Diadema – São Paulo julgou totalmente procedente a ação penal, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, para condenar o réu pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, por de trazer consigo 3,0 (três) gramas de maconha. Alegou, para tanto, que ainda que de baixo potencial ofensivo, a conduta é considerada crime, em razão dos potenciais danos à coletividade por ela ocasionados (BRASIL, 2011, p. 108-111).

Em segundo grau de julgamento, a decisão condenatória foi mantida pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema, negando provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa.

De acordo com o juiz relator do caso, Helmer Augusto Toqueton Amaral, em que pese não ser inédita a tese de inconstitucionalidade do crime de posse de drogas para o consumo pessoal, a jurisprudência brasileira já reiterou entendimento acerca necessidade de incriminação da conduta, motivo pelo qual junto à insuficiência do conjunto probante acostado aos autos, a condenação fora mantida (BRASIL, 2011, p. 163-165)

A repercussão geral, critério para a apreciação da questão pela Suprema Corte, do recurso foi reconhecida, assim como os demais requisitos de admissibilidade, sendo, portanto, conhecido o RE 635.659 para a análise pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011, p. 249-259).

Se julgado procedente o Recurso, a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 ensejará a descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal. Isto é, a conduta deixará de ser crime, objeto de intervenção penal.

Nesse particular, cumpre registrar que a descriminalização da posse de drogas não impedirá que o tema seja tratado por outros ramos do direito, mediante a imposição de sanções administrativas, por exemplo. De igual forma, não se olvide que descriminalizar não se confunde com despenalizar ou legalizar. Tais considerações, inclusive, foram feitas nos votos dos ministros que já se manifestaram, e, por essa razão, serão melhor abordadas posteriormente.

O controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, objeto do RE 635.659, pelo Superior Tribunal Federal está sendo realizado em sua modalidade difusa. O tema chegou à Suprema Corte Brasileira em virtude de sua competência recursal, em face de um determinado caso concreto. Contudo, ainda assim, a decisão possuirá efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, uma vez que fora reconhecida a repercussão geral da matéria.

Até o momento da elaboração do presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da problemática mediante o voto de somente três de seus ministros, entre eles, o ministro Gilmar Mendes, relator do caso, Luiz Edson Fachin e Luis Roberto Barroso.

Ademais, o processo foi sobrestado com o pedido de vista dos autos por parte do ministro Teori Zavascki, e, atualmente, caberá ao ministro Alexandre de Moraes dar continuidade às votações. Não há previsão para a retomada do julgamento.

Dessa forma, além dos memoriais das partes, serão analisados os votos já proferidos, os quais, não obstante, permitirem a compreensão da complexidade do tema, não autorizam de forma definitiva a apreciação acerca do entendimento da Suprema Corte Brasileira sobre o art. 28 da Lei de Drogas.

Cumpre salientar, que foram admitidos como *Amici Curiae* diversas entidades representantes da sociedade civil.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto Viva Rio, o Instituto Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, a Pastoral Carcerária, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais e a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos manifestaram-se a favor do provimento do recurso.

Em contrapartida, pronunciaram-se contra o provimento da impugnação a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol, a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, a Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas – ABEAD, a Associação Nacional PróVida e Pró-Família, a Central de Articulação das Entidades de Saúde – Cades e a Federação de Amor-Exigente – FEAE.

#### **4.2.2. Os memoriais das partes e o parecer do Ministério Público Federal**

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o RE 635.659 por entender que há manifesta violação à norma constitucional na incriminação da conduta disposta no art. 28 da Lei 11.343/2006. Segundo a defesa, o referido tipo penal viola o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que garante o direito fundamental de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A criminalização da posse de drogas para uso exclusivamente pessoal evidencia a não observância por parte do legislador penal ordinário dos limites constitucionais, aos quais está adstrito. No Estado Democrático de Direito o respeito aos direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos condiciona o legislador ordinário quando do exercício da atividade legislativa (BRASIL, 2011, p. 177).

Ademais, pugnou a Defesa que o art. 28 viola os princípios penais da lesividade e da alteridade. Nesse sentido, o órgão asseverou que a posse de entorpecentes para o consumo pessoal não afeta a saúde pública, e sim, eventualmente, a saúde individual, uma vez que representa o exercício da própria autonomia privada (BRASIL, 2011, p. 179-180).

Complementou, ainda, que o uso de drogas retrata o *status libertatis* do autor, sendo, portanto, intangível à atuação estatal. Tal entendimento foi corroborado pelas jurisprudências argentina e colombiana, já estudadas no presente trabalho, e por um julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>13</sup>, o qual declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 no caso concreto (BRASIL, 2011, p. 180-187).

---

<sup>13</sup> A 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a apelação n. 01113563.3/0-0000- 000 para absolver o acusado, nos termos do art. 386, III do Código de Processo Penal, denunciado pelo crime de tráfico de drogas, por portar 7,7 (sete grama e sete centigramas) de cocaína. Na oportunidade, fora declarada a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, em razão da ausência de lesão ou ameaça de perigo a bens jurídicos de terceiros.

Assim, a Defesa requereu a absolvição do acusado por ausência de tipicidade da conduta, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, bem como a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, por violação direta ao direito à intimidade e à vida privada resguardados pela Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 180-188).

O Ministério Público do Estado de São, não obstante ter sido intimado, não apresentou as contrarrazões ao RE 635.659 (BRASIL, 2011, p. 204).

Contudo, o Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, por meio de parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República, posicionou-se contrariamente ao provimento do recurso.

Por fim, entendeu o *parquet*, que o bem jurídico protegido pela norma é a saúde pública, posto que a posse de drogas para o consumo pessoal viabiliza o vício do uso de entorpecentes no meio social. Isto é, independentemente da natureza ou quantidade apreendida, a saúde pública fica exposta com a permissão do porte de entorpecentes, na medida em que viabiliza-se o seu consumo (BRASIL, 2011, p. 199-202).

#### **4.2.3. Os votos dos ministros**

Gilmar Mendes é relator do Recurso Extraordinário 635.659 e foi o primeiro ministro a proferir o seu voto.

Após breve relatório acerca do processo, iniciou sua exposição lembrando que a Suprema Corte, em 2007, já discutira sobre a norma impugnada no RE 635.659. Naquela época foi colocada a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105, que possuía como relator o ministro Sepúlveda Pertence e fora discutida a possibilidade de extinção da punibilidade da conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas, uma vez que a pena de prisão já não mais era prevista como sua sanção (MENDES, 2015, p. 2).

O plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 430.105 decidiu que a simples supressão da pena privativa de liberdade, por si só, não ocasionava a perda do caráter penal do porte de drogas para consumo pessoal. Isto é, a despenalização do delito não ensejou a descriminalização da conduta.

Segundo o Relator Gilmar Mendes, diversamente do que se discutiu em 2007, a problemática oriunda do RE 635.659 voltou-se à conformidade do art. 28 com a Constituição Federal. Não possuía, portanto, a finalidade acerca do debate sobre a natureza das medidas

sancionatórias dispostas na Lei 11.343/2006, mas da impossibilidade da criminalização da conduta por ser inconstitucional (MENDES, 2015, p. 3).

Superadas as considerações iniciais, Gilmar Mendes passou ao exame do recurso.

Preliminarmente, discorreu acerca do controle de constitucionalidade da lei, momento em que sopesou os bens jurídicos que permeiam a discussão, quais sejam, saúde e a segurança públicas *versus* intimidade e vida privada. Pontuou, ademais, que uma das gerações dos direitos fundamentais impõe a garantia de proteção dos direitos contra a abuso de terceiros e, portanto, o Direito Penal agiria com o intuito de assegurar a tutela dos mesmos. Nesse sentido, o próprio constituinte previu o referido dever de proteção, através dos mandados expressos de criminalização (MENDES, 2015, p. 3-5).

Pontuou, ainda, o ministrou acerca da existência de outras hipóteses de criminalização, as quais derivam da discricionariedade do legislador infraconstitucional, na medida em que está autorizado a incluir no ordenamento normas de caráter penal que objetivem a tutela de interesses jurídicos fundamentais. Essa ação, no entanto, está limitada pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de ensejar excesso, como a inadequação entre os fins e os meios penais utilizados, que podem revelar-se como incapazes ou indevidos para alcançar o objetivo pretendido (MENDES, 2015, p. 6).

É nesse contexto que é viabilizado o exercício do controle de constitucionalidade e, com fundamento no entendimento da Corte Constitucional Alemã, o ministro valeu-se dos denominados controle de evidência, controle de justificabilidade e controle material de intensidade para realizar a análise de constitucionalidade de normas restritivas de direitos fundamentais.

O primeiro reside no exame do magistrado quanto à idoneidade das medidas utilizadas pelo legislador penal para proteger o direito fundamental, e caso sejam entendidas como ineficazes ou inadequadas para o fim protetivo poderão ensejar a inconstitucionalidade da norma; o controle de justificabilidade, por sua vez, consiste na verificação de existência de um fundamento juridicamente plausível que ampare a conduta do legislador; e, por derradeiro, o controle material de intensidade, em caráter complementar ao anterior, impõe analisar se a medida legislativa que restringe determinado direito fundamental é, realmente, obrigatória como meio de proteção. Isto é, a partir do controle material de intensidade busca-se compreender se a gravosidade da conduta autoriza a postura mais rígida do legislador (MENDES, 2015, p. 7-11).

Após, Gilmar Mendes passou a tecer considerações no tocante aos delitos de perigo abstrato, conceito sobre o qual o delito de porte de drogas para o consumo pessoal está hoje

inserido. Assim, lembrou que atualmente o principal argumento utilizado para legitimar a intervenção penal é o potencial dano causado pela conduta incriminada à saúde e à segurança públicas (MENDES, 2015, p. 12).

Segundo o ministro relator, os crimes de perigo abstrato são aqueles em que não exige-se a efetiva ofensa empírica ou ameaça de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma e a criminalização da conduta justifica-se pela presunção de periculosidade do fato. Nesse diapasão, chamou atenção para o princípio da lesividade e da proporcionalidade e suas relações com os crimes de perigo abstrato. Foram invocados casos concretos, objetos de julgamento anterior da Suprema Corte, nos quais fora declarada a inconstitucionalidade de delitos de perigo abstrato, tendo em vista a desproporcionalidade da intervenção penal enquanto instrumento de proteção para os bens jurídicos (MENDES, 2015, p. 14).

Em seguida, realizou-se uma abordagem acerca das políticas regulatórias da posse de entorpecentes para o uso pessoal.

Traçou-se uma linha distintiva entre o instituto da despenalização, relativa à simples exclusão da pena de prisão do delito, que não exclui o seu caráter penal, e a descriminalização, entendida como a supressão da conduta no âmbito da intervenção penal. Nesse último caso, preserva-se a natureza punitiva do comportamento, contudo, através do Direito Administrativo (MENDES, 2015, p. 15).

Gilmar Mendes, assim, pontuou a existência de inúmeros países que hoje adotam políticas de redução de danos e de prevenção de risco como medidas alternativas aos resultados nocivos causados pela criminalização. Para o relator, a descriminalização da conduta objeto de discussão deveria, necessariamente, ser associada à políticas dessa natureza, tendo em vista, segundo ele, a relação entre o tema e a saúde pública. Asseverou, ainda, que a política de redução de danos não se confunde com a legalização da conduta (MENDES, 2015, p. 15-16).

Ultrapassada as explanações no tocante as políticas regulatórias, o ministro passou ao discurso da norma objeto de análise, a partir da verificação da adequação da norma impugnada.

No tocante ao controle de evidência, asseverou que o legislador realizou uma diferenciação em termos legais da figura dos usuários e do traficante de drogas, destinando tratamento penal distinto para cada um em razão da intenção da conduta. No entanto, observou que a diferenciação não fora eficaz para os objetivos visados, ou seja, para viabilizar a prevenção da toxicomania e a reinserção social de usuários/dependentes de drogas. Concluiu-se, destarte, que o SISNAD e as normas protetivas do atual Direito das Drogas revelam-se

compatíveis com a criminalização da conduta do usuário, mesmo que as penas para ele previstas sejam menos severas (MENDES, 2015, p. 16-18).

Disse o ministro que admitir que a posse de drogas para o consumo pessoal continue sendo prevista como delito serve exclusivamente para nutrir uma lógica estigmatizadora, “neutralizando” tudo o que foi previsto para os usuários e dependentes no SISNAD (MENDES, 2015, p. 18).

Outra ponderação realizada foi a ausência de critérios legais e objetivos no que toca à distinção entre o traficante e o usuário, uma vez que este na maioria das vezes é enquadrado como traficante no caso concreto. A fim de ratificar e dar embasamento a sua afirmação, Gilmar Mendes expôs dados oriundos da pesquisa “Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas”, realizada pelo Ministério da Justiça. Tal estudo revelou que a grande maioria das sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de drogas, entre o período de 2006 a 2008, decorreram de indivíduos suspeitos, que encontram-se sozinhos e portando pequena quantidade de entorpecentes (MENDES, 2015, p. 19).

O jurista asseverou, ainda, que conforme esse e outros estudos, existe um determinado padrão quando da abordagem policial. Em regra, a pessoa é jovem, negra ou parda, está sozinha, não possui maus antecedentes penais ou envolvimento com associações criminosas, além de portar pouca quantidade de drogas e ter baixa escolaridade (MENDES, 2015, p. 20).

Entendeu, por fim, que a norma objeto da impugnação não é adequada para a finalidade esperada, qual seja a reinserção social do usuário e a diminuição do abuso no uso de drogas, motivo pelo qual não revela-se capaz de proteger o bem jurídico saúde pública (MENDES, 2015, p. 21).

No tocante ao âmbito do controle de justificabilidade, Gilmar Mendes registrou que inexistem pesquisas capazes de apurar a eficiência da incriminação do delito de posse de drogas para consumo pessoal como meio de reduzir o comércio ilegal de entorpecentes, que, contrariamente, cresce a cada ano. Para ele, isso significa que o processo criminalizador através da imposição da tipificação penal de uma dada conduta não interfere, de fato, nos hábitos e gostos dos indivíduos, o que é ainda mais evidente quando percebe-se que em países que adotaram políticas de drogas mais brandas, os índices de consumo das mesmas manteve-se (MENDES, 2015, p. 21-25).

No tocante à necessidade da norma penal impugnada, a partir do controle material de intensidade, o ministro relator direcionou seu discurso para a tentativa de delimitar qual o bem jurídico tutelado pelo art. 28.

Pontuou que existem doutrinadores que defendem a ausência de um bem jurídico a ser protegido, posto que os eventuais danos oriundos do consumo de entorpecentes afetam, tão somente, o usuário e não a terceiros, o que não legitima a tipificação da autolesão. Outra corrente entende que o uso de drogas, sendo crime de perigo abstrato, seria o fator principal da “expansabilidade do perigo a saúde” e continuidade do tráfico de drogas e de crimes patrimoniais conexos. Dessa forma, criminalizar a posse de drogas seria um meio de proteger a saúde e segurança públicas ao mesmo tempo (MENDES, 2015, p. 26).

Considerando ser plenamente possível que o exercício de certos direitos fundamentais possa atingir outros direitos de mesma natureza, o ministro relator buscou entender quais dos bens jurídicos entram em conflito com a posse de drogas para o consumo pessoal, ao passo que buscou estabelecer os contornos do âmbito de tutela dos direitos fundamentais contra intervenções arbitrárias. Para ele, a Constituição Federal Brasileira, em que pese não tratar direta e expressamente acerca da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, vedou a proposta de qualquer medida tendente a aboli-los à luz da inteligência do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>, o que denota a ideia de um “limite do limite” dirigido ao legislador ordinário (MENDES, 2015, p. 26-31).

No que toca aos delitos de natureza coletiva, para que a tutela penal seja devida e adequada, é imprescindível a demonstração do dano potencial ocasionado pela conduta incriminada. Citando o jurista Santiago Mir Puig, Gilmar mendes defende que a intervenção penal para cuidar de interesses dessa natureza impescinde de um número mínimo de afetação em relação a cada indivíduo. Assim, não basta apurar a relevância abstrata do bem, mas também demonstrar sua concreta lesão (MENDES, 2015, p. 34).

Diante dessas considerações, o ministro relator entendeu que a definição de saúde e segurança públicas, como bens jurídicos de natureza coletiva, não possuem “suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal” (MENDES, 2015, p. 35).

---

<sup>14</sup> Art. 60 (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Ademais, segundo ele, a criminalização do porte de entorpecentes para o consumo pessoal fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação do usuário.

A Constituição Federal abarca o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem como corolários do direito de construção da personalidade individual, e igualmente, o direito à liberdade como limite às ingerências indevidas por parte do Estado no âmbito de autonomia da vontade do cidadão. Assim, em que pese reconhecer os prejuízos físicos causados ao usuário de drogas pelo consumo das mesmas, para Gilmar Mendes a criminalização da conduta viola diretamente à privacidade e à intimidade do usuário, posto que representa o desrespeito estatal em relação à conduta do indivíduo de colocar em risco a sua própria saúde (MENDES, 2015, p. 35-38).

Nesse particular, cumpre salientar que não fora defendido no voto o “direito a se entorpecer irrestritamente”, mas tão somente a exclusão do caráter penal das condições e limitações ao consumo de determinados tóxicos (MENDES, 2015, p. 38).

Frisou, ainda, que incriminação da conduta, além de desproporcional, afasta os dependentes e usuários das políticas de proteção à saúde e reinserção social. Nesse sentido, pessoas que detêm menores condições financeiras são particularmente mais atingidas, uma vez que torna-se mais difícil para elas superar o estigma de criminoso e as implicações oriundas de um processo penal (MENDES, 2015, p. 39-40).

Outro aspecto discutido no voto relaciona-se as possíveis alternativas à criminalização.

O ministro rememorou que no contexto mundial a preocupação sobre o tema tem sendo direcionada a busca da melhor política de drogas a ser adotada. Muitos Estados, atualmente, optam pela descriminalização da posse e do uso de pequenas quantidades de drogas, ao que passo que adotam somente sanções administrativas por reconhecerem o insucesso do proibicionismo (MENDES, 2015, p. 40).

No tocante às experiências de outros países que descriminalizam a conduta, Gilmar Mendes trouxe uma lista realizada a partir da coleta de dados pelo *Transnaciontional Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho* – CEDD, e pelo *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiction*.

Assim, observou-se que existem países que, apesar de não adotarem a descriminalização da posse de entorpecentes para o uso pessoal, utilizam critérios objetivos de distinção entre o usuário e o traficante, a partir da natureza e quantidade da droga, o que propicia o enquadramento legal mais condizente com a situação fática (MENDES, 2015, p. 42).

Segue a baixo quadro esquematizado a partir das informações trazidas pelo ministro no tocante às políticas alternativas à criminalização das drogas e os critérios de distinção entre usuários e traficantes adotados por diversos países:

Quadro 1 – Tratamentos jurídicos ao usuário de drogas no Direito Comparado

<b>País</b>	<b>Alternativas à criminalização</b>	<b>Crítérios de distinção</b>
Argentina	Sem medidas administrativas	Interpretação do juiz
Bolívia	Tratamento compulsório	Uso equivalente a 48 de consumo
Chile	Medidas administrativas	Interpretação do juiz
Colômbia	Sem medidas administrativas	20g de maconha, 5g de haxixe, 1g de cocaína
Equador	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de pasta base de cocaína
Paraguai	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de cocaína, heroína e derivados de opiáceos
Peru	Tratamento compulsório	8g de maconha, 5g de pasta de cocaína, 250g de <i>ecstasy</i>
Uruguai	Sem medidas administrativas	40g de maconha por mês
Costa Rica	Sem medidas administrativas	Interpretação do juiz
Honduras	Internação compulsório	Interpretação do juiz
Jamaica	Somente <i>cannabis</i> . Sem medidas administrativas	2 onças (cerca de 57 gramas) de maconha, 2.8g de cocaína, heroína e morfina

México	Sem medidas administrativas	5g de cannabis, 2g de Ópio, 0.5g de cocaína
Alemanha	A lei não permite a não instauração de processo criminal	Entre 6 e 15g de maconha (14 Estados fixaram em 6g). Cocaína e heroína 1 a 2g (prática judicial)
Bélgica	Apenas <i>cannabis</i> . Sem medidas administrativas.	3g de resina ou da erva
Espanha	Medidas administrativas	25g de haixe, 100g de cannabis, 3g de heroína, 7.5g de cocaína
Holanda	Sem medidas administrativas	5g de maconha, 0.5g de cocaína
Itália	Medidas administrativas	1g de THC, 0.25g de heroína e 0.75g de cocaína
Lituânia	Medidas administrativas	5g de maconha, 0.2g de heroína e 0.2g de cocaína
Luxemburgo	Apenas <i>cannabis</i> . Medidas administrativas.	Interpretação do juiz
Portugal	Medidas administrativas	25g de maconha (equivalente a 10 dose diárias), 1g de <i>ecstasy</i> e 2g de cocaína
Países Baixos	Sem medidas administrativas	5g de maconha e 0.5g de heroína ou cocaína
República Checa	Medidas administrativas	15g de maconha, dependendo da pureza, 1g de cocaína, 4 tabletes de <i>ecstasy</i>

Fontes: Voto do ministro relator Gilmar Mendes no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659 baseado nos estudos do *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho – CEDD* e do *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiction*.

Gilmar Mendes reconheceu a inconstitucionalidade da norma impugnada, ao passo que defendeu que o Brasil deve não só descriminalizar, como buscar e implementar parâmetros objetivos de diferenciação entre o traficante e usuário no caso concreto em observância as particularidades da cultura brasileira. Frisou, ainda, que não trata-se de legalizar a conduta, mas

tão somente afastá-la da tutela do Direito Penal. Reconheceu, inclusive, que a aplicabilidade das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, no que couber e desde que sem efeitos penais, revela-se como solução transitória para a política de drogas no Brasil, até que sobrevenha legislação específica (MENDES, 2015, p. 45-50).

Encerrando seu voto registrou a forte estigmatização sofrida pelo usuário, em especial o jovem que é submetido ao sistema penal em virtude do consumo de drogas, razão pela qual, mais uma vez, concluiu pela inconstitucionalidade da norma objeto de impugnação frente ao princípio da proporcionalidade (MENDES, 2015, p. 49).

O último ponto tratado refere-se à apresentação do preso em flagrante por tráfico ao juiz competente. Em linhas gerais, sob pena de fugir do objeto de tema aqui delimitado, o ministro entendeu que enquanto não forem implementados parâmetros objetivos de diferenciação entre o usuário e o traficante, é imprescindível a apresentação do preso ao juiz para que ele possa, de imediato, a partir do caso concreto, definir se a situação fática amolda-se ao tráfico ou ao consumo pessoal de drogas (MENDES, 2015, p. 50-51).

Gilmar Mendes (2015, p. 54-56), na parte dispositiva da decisão deu provimento ao recurso interposto para:

(i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do inteiro teor do art. 28 da lei 11.343/2006, retirando seu caráter penal, mas mantendo as medidas previstas com natureza administrativa;

(ii) atribuir interpretação conforme à Constituição aos artigos 48, 59 parágrafos 1º e 2º (o autor do fato deverá ser apenas notificado a comparecer em juízo) e do art. 50, *caput* (no caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas, o preso deve ser de imediato apresentado ao juiz para que o ato de conversão da prisão em flagrante para preventiva seja válido, todos da Lei 11.343/2006;

(iii) absolver o réu em razão da atipicidade da conduta; e, por fim,

(iv) prescrever ao Conselho Nacional de Justiça algumas providências, com objetivo de cobrar medidas acerca das mudanças na política de drogas propostas no voto, a fim de que sejam incorporadas à realidade do sistema.

Em continuidade ao julgamento, o ministro Luiz Edson Fachin fez pedido de vista dos autos com a finalidade de aprofundar seus estudos acerca do tema, em razão das consequências que sua decisão potencialmente poderia ensejar.

A primeira grande distinção entre o seu voto e o do relator Gilmar Mendes consiste no alcance das explicações.

Ao passo que voto do relator foi no sentido da inconstitucionalidade da criminalização da posse de todo e qualquer entorpecente para consumo pessoal, o de Edson Fachin restringiu-se à maconha. Para ele, o caso concreto objeto do recurso está relacionado à posse da referida droga, motivo pelo qual entendimento contrário seria atuar fora dos limites circunstanciais aos quais estava, necessariamente, adstrito (FACHIN, 2015, p. 2).

Inicialmente, Edson Fachin pontuou que, ainda que altere-se o tratamento legal destinado ao usuário de drogas, e mantenha-se, concomitantemente, a criminalização do tráfico de drogas, possivelmente haveria o aumento da traficância, quer em razão da lucratividade ou da eventual ampliação do mercado de consumo (FACHIN, 2015, p. 3).

O ministro reconheceu que o uso de drogas pode ensejar grandes males físicos e psíquicos para o agente, e, associa-se, muitas vezes, a prática de outros delitos. Contudo, segundo Fachin, o consumo de drogas pelo indivíduo esbarra em questões como a liberdade, a autonomia privada e os limites de atuação estatal na vida particular.

Na tentativa de explicar quais os argumentos utilizados para a criminalização da posse de drogas, foram invocadas, à luz da obra do filósofo e jurista argentino Carlos Santiago Nino, três teses, quais sejam o argumento perfeccionista, o argumento paternalista e o argumento da defesa da sociedade (FACHIN, 2015, p. 3-5)

Segundo o argumento perfeccionista, a criminalização do uso de entorpecentes é legítima na medida em que tal conduta é moralmente reprovável pela sociedade, e, por essa mesma razão deve o Estado coibi-la. No entanto, Edson Fachin refuta esse entendimento, ao afirmar que nenhum padrão moral pode ser imposto pelo Estado, especialmente, em uma sociedade liberal, onde a autonomia privada adquire um singular valor.

O segundo argumento, o paternalista, reside na ideia de que o Direito Penal possui a função de reprovar, desincentivar e, sobretudo, prevenir os resultados lesivos da conduta criminalizada. No entanto, para o ministro, a proteção ao usuário de drogas a partir da intervenção penal é paradoxal. O Estado deveria, em verdade, cumprir esse papel mediante a implementação de políticas públicas de saúde e de informação, de maneira a advertir aos consumidores os prejuízos causados com o consumo de entorpecentes, e não puni-los em virtude disso.

Por fim, o argumento de defesa da sociedade tem fulcro na ideia de que a criminalização é necessária para a proteção do corpo social, uma vez que é ele quem sofre os danos oriundos dos atos do usuário, como por exemplo, os delitos de ordem patrimonial. Nesse sentido, para o ministro os crimes eventualmente cometidos pelo usuário de drogas, na verdade, deveriam ser punidos conforme a lei penal que já dispõe dessa conduta. Assim, roubos e furtos,

ainda que praticados em razão do vício de drogas, devem ser penalizados conforme os tipos já existentes.

Para Fachin, o legislador no Direito das Drogas optou em atribuir primazia ao Estado, na medida em que ignorou a própria escolha de vida de cada indivíduo (FACHIN, 2015, p. 5-6).

Em continuidade, o ministro destacou que, no tocante ao delito de posse de drogas para o consumo pessoal, existem duas “rotas de tensão e tendencial colisão” que resultam do caráter proibitivo da política proibicionista. A primeira entre o princípio da ofensividade e os crimes de perigos abstrato, e a segunda entre a concepção de um Estado perfeccionista e o direito à intimidade e à vida privada.

Fachin valeu-se do “exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade”, e, por lógico, dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, trazidos no voto de Gilmar Mendes, por entendê-los como mais adequados para a analisar a problemática discutida (FACHIN, 2015, p. 6-7)

Em que pese reconhecer o caráter constitucional dos dois axiomas principiológicos, para o ministro somente a lesividade funciona como critério para apurar a constitucionalidade da norma impugnada. Para ele, antes de tudo, é imprescindível a análise acerca da lesão ou ameaça de perigo ao bem jurídico que pretende-se tutelar com a posse de drogas para uso pessoal.

Entendeu que é na teoria do bem jurídico e nos mandamentos do princípio da lesividade, residem as premissas necessárias para a análise inequívoca se a sanção penal é ou não medida mais adequada para a restrição da liberdade individual. Mais especificamente, no caso, cuida-se de apurar se a intervenção penal na posse de drogas para o consumo pessoal é constitucional, se coíbe ou não a lesão ou ameaça de perigo de um dado bem jurídico (FACHIN, 2015, p. 8).

Segundo Edson Fachin, os delitos trazidos na Lei 11.343/2006 referem-se a crimes de perigo, tendo em vista que a própria conduta é incriminada. A partir de um juízo de probabilidade, acredita-se que dela, efetivamente, possa resultar um dano concreto. Pune-se a conduta e não o resultado. Assim, não obstante a inexistência de uma lesão concreta, a legitimidade dos crimes de perigo abstrato consiste na imposição de um dever de cuidado que o homem médio hipoteticamente deveria assumir (FACHIN, 2015, p. 10-11).

Portanto, para Fachin a questão envolve a análise se é adequada ou não a imposição daquele dever de cuidado por parte do Estado, ou seja, o juízo de constitucionalidade realizado pelo magistrado consiste em “identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela

de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada” (FACHIN, 2015, p. 12).

Concluiu, então, que “nos estritos limites do caso dos autos, seria possível afirmar que a norma penal não atinge essa barreira” (FACHIN, 2015, p. 12).

A partir das informações trazidas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, estudo que apurou dados de presos por crime de tráfico de drogas e constatou o significativo número de casos envolvendo a posse da maconha para o uso pessoal, e da premissa de que o consumo de drogas causa prejuízos incalculáveis para o indivíduo, Edson Fachin entendeu que o usuário deve ser encarado como um doente e não como um criminoso.

Isto é, para o ministro, o consumo de entorpecentes, lícito ou não, ocasiona grandes males à saúde, ao passo que, na maioria das vezes, gera dependência física ou psíquica, razão pela qual o tema deve ser objeto de políticas públicas e não intervenção penal (FACHIN, 2015, p. 14).

Nesse sentido, pontuou que, ao precisar tratamento para a superação do vício, ao Estado e à sociedade é imposta a obrigação de propiciar os meios para tanto à luz do art. 196 da Constituição Federal de 1988, que trata sobre o direito à saúde. Ademais, o próprio Governo Federal compartilha essa ideia, como depreende-se da análise do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, instituído em 2010, que visa à prevenção do uso, ao tratamento e à reinserção social de usuário e ao enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas (FACHIN, 2015, p. 14-16).

Assim, registrou que a resposta do Estado para o consumo de drogas deve se dar através de políticas de informação, educação, atenção e cuidado da saúde, e não mediante a intervenção penal. Reconheceu, ainda, a importância não só do Poder Público, como da sociedade, da família e demais entidades no tratamento e recuperação de pessoas usuárias e dependentes de drogas, especialmente, em relação à crianças e adolescentes (FACHIN, 2015, p. 16).

Asseverou a existência de uma lacuna no ordenamento no tocante à regulamentação desde a produção até o uso de drogas, a qual não deveria ser preenchida pela Suprema Corte, tendo em vista que, apesar de representar a repressão ao tráfico, tal medida não compete ao Poder Judiciário, e, sim ao Legislativo por ato privativo. Da mesma forma, para o ministro, além da referida regulamentação, o Legislativo deveria estudar e implementar critérios objetivos que prestam-se a diferenciação prática entre o usuário e o traficante (FACHIN, 2015, p. 16-18)

Por derradeiro, entendeu que enquanto não existirem atos normativos nesse sentido, o indivíduo preso pelo porte de drogas para o consumo pessoal deve, necessariamente, ser apresentado ao juízo competente dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas a fim de que determine-se, no caso concreto, o enquadramento legal. Isto é, se usuário ou traficante.

No dispositivo, finalmente, Edson Fachin (2015, p. 18-19) deu provimento parcial ao recurso para:

- (i) declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, sem redução de texto, mas apenas para casos que envolvam maconha;
- (ii) manter a proibição da posse e do uso de drogas ilícitas;
- (iii) manter a criminalização de condutas relacionadas à produção e comércio da *cannabis* e declarar a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação até que sobrevenha regulação legislativa sobre o caso específico da maconha;
- (iv) atribuir ao Poder Legislativo a regulação de parâmetros voltados a diferenciação entre o usuário e traficante a partir de quantidades mínimas de droga apreendida, e ao Poder Executivo a elaboração e a execução de políticas públicas e critérios provisórios de diferenciação em até 90 (noventa) dias a contar da data do julgamento;
- (v) absolver o recorrente; e
- (vi) propor a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a fim de manter e ampliar a discussão do tema com pessoas e entidades que possuem experiência na matéria para que as mesmas possam acompanhar as consequências da deliberação do caso no STF.

Até a finalização desse trabalho, Luis Roberto Barroso foi o último ministro a proferir o seu voto no RE 635.659, todavia, o processo foi sobrestado com o pedido de vista dos autos realizado por Teori Zavascki.

Ao proferir seu voto-vista, Luis Roberto Barroso direcionou suas explanações somente a maconha, em virtude dos mesmos argumentos invocados pelo ministro Luis Edson Fachin (BARROSO, 2015, p. 1).

Em caráter introdutório, o ministro distinguiu três conceitos, reputados como imprescindíveis para a discussão. Nesse sentido, afirmou que descriminalizar significa retirar o caráter de ilícito-penal de uma dada conduta; despenalizar é elidir a pena de prisão, caso atual do delito de posse de drogas para o consumo pessoal; e, por fim, legalizar é permitir que aquele comportamento não sofra qualquer sanção, ainda que de natureza administrativa, posto que é considerado como um fato normal para o direito. Em seguida, frisou que a discussão ali dizia

respeito à criminalização, isto é, apurar se a intervenção penal na posse de drogas para o consumo pessoal era ou não legítima (BARROSO, 2015, p. 1).

Barroso admitiu que no tocante ao caso em apreço, o hermeneuta poderia valer-se das duas formas de interpretação constitucional da norma por ele admitidas. Tanto a necessária proteção aos direitos fundamentais, que limita o papel do legislador e do poder constituído reformador, quanto lógica pragmático-jurídica, que objetiva uma solução que desencadeie os melhores resultados práticos possíveis, poderiam ser utilizadas para a solução daquele caso, posto que chegariam a mesma conclusão (BARROSO, 2015, p. 1).

Após, o jurista considerou como ponto de partida para a discussão a compreensão daquilo que ele denominou de “premissas fáticas e filosóficas” (BARROSO, 2015, p. 1-4).

A primeira premissa reside na ideia de que o uso de drogas tidas como ilícitas, indiscutivelmente, faz mal para o indivíduo, razão pela qual cabe ao Poder Judiciário e à sociedade, em geral, o dever desincentivar o consumo de entorpecentes, cuidar dos toxicomaníacos e combater o tráfico. Chama atenção para o fato de que, o que apura ali é se estes objetivos serão alcançados ou não pelo Direito Penal.

A segunda premissa trazida consiste na afirmação de que o proibicionismo, enquanto política de drogas, fracassou. Em linhas gerais, Barroso realizou uma breve explanação histórica acerca do início da Guerra às Drogas e das três Convenções da ONU, que tratam sobre o tema. Categoricamente, afirmou que, não obstante o caráter repressor do Direito das Drogas, o tráfico ilícito de entorpecentes consolida-se cada vez mais.

Por último, a terceira premissa relaciona-se com a importância de resolver a questão, a partir das peculiaridades inerentes à realidade social brasileira. Barroso pontuou que o maior problema das drogas no Brasil não advém do usuário, mas sim do poder do tráfico, como verdadeiro instrumento de violência, a medida em que impõe suas próprias leis e coopta os jovens de favelas e periferias que convivem de perto com essa realidade.

Nesse sentido, priorizou três atitudes, que ao seu ver, são vetores na busca da solução para a problemática. São elas: (i) a neutralização do poder do tráfico de entorpecentes detém, a partir da eliminação de seu caráter ilícito, e, conseqüente regulamentação do fabrico e venda de drogas; (ii) resolução da questão da superlotação carcerária, na medida em que as cadeias funcionam como verdadeira escola para o crime; e por fim, (iii) a mudança do tratamento que é hoje destinado ao usuário de drogas (BARROSO, 2015, p. 4).

Para Luis Roberto Barroso, o usuário deve ser entendido como alguém, que no gozo de sua liberdade, opta por autocolocar-se em risco como um alpinista ou um mergulhador no submarino e não um criminoso.

Ultrapassadas as premissas fáticas filosóficas, o ministro expôs os fundamentos de caráter pragmático, os quais sustentaram a posterior conclusão acerca da necessidade da descriminalização da maconha (BARROSO, 2015, p. 4-6).

Nesse sentido, o primeiro ponto refere-se ao fracasso da atual política de drogas.

Para o jurista fluminense, a criminalização das substâncias psicoativas visou, desde o seu início, a redução do fabrico, comércio e consumo de drogas. Além de não servir para o fim ao qual prestava-se, a atual política proibicionista viabilizou um “poderoso mercado negro” e o fortalecimento do crime organizado. A partir de dados trazidos pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, entre os anos de 1984 e 2013, constatou-se que o uso de tabaco diminuiu bruscamente, ao passo que o drogas tida como ilícitas, a exemplo da maconha, aumentou com a criminalização. Dessa forma, segundo Barroso, a divulgação de informações e advertências acerca do uso de substâncias revela-se como medida muito mais eficaz do que a criminalização.

A segunda razão pragmática consiste no significativo custo que o modelo criminalizador impõe para o Estado e sociedade em geral.

Conforme Luis Roberto Barroso, da publicação da Lei 11.343, em 2006, até à época da prolação do voto, isto é, em 2015, houve um crescimento de 18% das prisões relacionadas às drogas, o que enseja um grave problema no aumento da população carcerária. Ademais, o ministro enunciou em números os altos custos financeiros a cargo do Estado para manter uma pessoa custodiada, a partir dos dados extraídos do Departamento Penitenciário – Depen.

Outras consequências nocivas advindas da política proibicionista lembradas pelo jurista residem no fato de que os jovens, geralmente primários, ao serem encarcerados quando da prática de algum ilícito relacionado às drogas, voltam para o convívio social mais ameaçadores para a sociedade.

Registrou, ainda, a ausência de critérios claros e objetos para definir na prática quem é usuário e traficante, questão também abordada pelos outros dois ministros.

O último argumento de natureza pragmática trazido no voto foi a lesão da saúde pública como fator que legitima a criminalização da conduta de posse de drogas para o consumo pessoal.

Para o ministro, em que pese o suposto bem jurídico tutelado no delito ser a saúde pública, esta, em verdade, assume “posição secundária”, na medida em que a política de repressão penal das drogas requer um número cada vez maior de recursos, o que impede investimentos em medidas que visam a proteção da saúde. Ademais, a criminalização do usuário enseja a sua marginalização, ao tempo em que afasta-o do acesso à tratamentos.

Assim, diante de todos os prejuízos advindos da atual política de drogas, o ministro entendeu que a descriminalização do consumo é, de fato, a melhor alternativa para o problema trazido (BARROSO, 2015, p. 6).

Em seguida, Barroso abriu um apêndice para trazer ao seu voto considerações acerca de Estados que optaram pela descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal como via mais adequada para tratar do assunto. Assim, os Estados Unidos, Portugal, Espanha, Uruguai, Colômbia e Argentina foram citados como exemplos positivos (BARROSO, 2015, p. 6-7).

Com a finalidade de reforçar o seu posicionamento no tocante à necessidade da descriminalização, Luis Roberto Barroso invocou três argumentos jurídicos para sustentar a sua tese (BARROSO, 2015, p. 7-10).

O primeiro deles é o direito de privacidade. Disposto no art. 5, inciso X, da Constituição Federal, o direito à intimidade e à vida privada integram o núcleo conceitual do direito à privacidade e impescindem da garantia de que não serão objetos de ingerência de outrem, quer seja de outros indivíduos, quer seja do Estado. Nesse sentido, o ministro, brilhantemente, pontuou que o direito não pode, de maneira alguma, ser confundido com a moral, e nesses termos, algo que é considerado ruim para a sociedade não necessariamente será ilícito.

Ilustrativamente, abordou que o uso excessivo de cigarros e bebidas alcóolicas, em que pese serem tidos como hábitos ruins para a sociedade, não são ilícitos, e assim concluiu que “o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área” (BARROSO, 2015, p. 8).

Ademais, o segundo argumento jurídico que fundamenta a descriminalização consiste na manifesta violação à autonomia individual. Para o ministro, a liberdade, enquanto bem jurídico passível de limitações pelo legislador, deve manter o seu núcleo essencial, entendido como a autonomia ou autodeterminação individual, intangível. Assim, a autonomia, como valor, que permite ao indivíduo o direito de escolher os rumos de sua própria vida, não pode ser suprimida pelo Estado ou sociedade.

Barroso afirma que os indivíduos possuem o direito de escolher os seus hábitos e prazeres, razão pela qual a autocolocação em perigo, quer seja pela prática de esporte radicais ou pelo consumo de um cigarro de maconha, oriunda do exercício dessa escolha não é fundamento para a proibição legítima de condutas. Punir o cidadão em razão dessas condutas configura autoritarismo e paternalismo estatais incontestavelmente descabidos.

Por fim, como último fundamento jurídico, Luis Roberto Barroso defendeu que a criminalização a posse de drogas para o consumo pessoal ofende, ainda, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Segundo ele, para que haja limitação legítima de direitos fundamentais, essa, necessariamente, deve ser proporcional, sem excesso.

O ministro pontuou, ainda, que em face do princípio da lesividade, inexistindo bem jurídico alheio ofendido carece de legitimidade a intervenção penal. Logo, sendo a saúde individual o único bem jurídico atingido com o consumo de drogas, o Estado não pode intervir, mediante o Direito Penal, em razão da conduta situar-se, exclusivamente, no âmbito individual do agente.

No que se fere especificamente à proporcionalidade, afirmou que a criminalização da conduta não é cabível, uma vez que não respeita o binômio adequação-necessidade nem a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, inexistente adequação da norma penal para com a conduta porque a saúde pública não é, de fato, tutelada, uma vez que restou demonstrada a ineficácia dessa proteção. No tocante à necessidade, Barroso afirmou que em havendo medidas alternativas à criminalização, como as sanções administrativas, contrapropagandas e advertências, a criminalização revela-se, ainda, desnecessária.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, asseverou que a criminalização gerou um alto custo para Estado e para a sociedade, em decorrência dos gastos com os aparatos de repressão, com o sistema penitenciário e com o crescimento do poder do tráfico exercidos sobre as favelas.

Diante de tudo isso, Luis Roberto Barroso (2015, p. 10) concluiu que, em virtude da ausência de ofensividade de bem jurídico alheio no delito de posse de drogas para o consumo pessoal, bem como pela inadequação, necessidade, e, principalmente, pelos altos custos, a criminalização da conduta não é a medida mais “razoável e proporcional para lidar com o problema”.

Declarou, ainda, a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 28, parágrafo 1º, da lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006)<sup>15</sup>. Vale pontuar que, em virtude da norma não definir o que seria “pequena quantidade”, o ministro propôs a utilização dos mesmos critérios utilizados pelo Uruguai, que é de até 06 (seis) plantas-fêmeas.

---

<sup>15</sup> Art. 28, §1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Luis Roberto Barroso (2015, p. 11-12), ao discutir acerca da necessidade de um critério para distinção entre traficante e usuário, afirmou que as medidas trazidas pelo Gilmar Mendes são insuficientes, ao passo que delimitou a imposição de um parâmetro quantitativo que viabilizasse a distinção prática.

Assim, a fim de impedir a discricionariedade das autoridades, com inspiração no ordenamento jurídico português, propôs que até a posse de 25 (vinte e cinco) gramas de maconha, o indivíduo, presumidamente, é usuário, uma vez que é imprescindível a análise da situação fática concreta.

Por fim, o ministro, em linhas gerais, refutou os argumentos contrários à descriminalização (2015, p. 12-15). Tais considerações, em que pese serem intelectualmente construtivas, não merecem atenção no presente trabalho para não fugir do problema aqui proposto.

Em que pese os três votos aqui analisados convergirem para o mesmo sentido, qual seja a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, é possível identificar algumas distinções características entre as teses defendidas por cada ministro.

Dentre elas, a mais significativa, sem nenhuma dúvida, volta-se ao objeto dos discursos: ao passo que o ministro relator Gilmar Mendes dirige o seu voto, e, portanto, declara inconstitucional a posse de toda e qualquer droga para o uso pessoal, Luis Roberto Barroso e Edson Fachin restringem os efeitos da decisão para o porte de maconha especificamente em razão da situação fática concreta que ensejou a discussão.

O brilhantismo das explicações de Luis Roberto Barroso e Edson Fachin é inquestionável. No entanto, a delimitação do alcance da declaração de inconstitucionalidade, apenas aos casos de porte de maconha para o uso pessoal, proposta pelos ministros viabiliza a manutenção da problemática aqui estudada.

Isto é, restringir a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 às situações relacionadas ao consumo de maconha significa possibilitar que a questão da ausência de ofensa ou ameaça de perigo à bens jurídicos de titularidade de outrem perdure. O problema da ilegitimidade da intervenção penal no porte de drogas para o uso pessoal é superado apenas nos casos de posse de maconha. Nos demais, a discussão mantém-se.

Portanto, a ausência de legitimidade na atuação do Direito Penal no porte de drogas para o consumo pessoal, nos termos propostos no presente trabalho, deve seguir a linha intelectual construída pelo ministro Gilmar Mendes, de maneira a declarar inconstitucional, em razão da ilegitimidade, a posse de todo e qualquer entorpecente para o uso próprio.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, apurou-se os principais aspectos que permeiam o surgimento e a consolidação do modelo de controle penal das drogas ilícitas.

Evidenciou-se que as origens do proibicionismo possui raízes norte-americanas, uma vez que os Estados Unidos da América foram os principais responsáveis pela idealização do modelo repressivo contra às drogas. Apurou-se, ainda, o seu significativo papel na implementação do modelo proibicionista, enquanto política nacional dos Estados, sobretudo em razão dos inúmeros tratados internacionais acerca do tema. Nesse sentido, destacou-se os acordos organizados pelas Nações Unidas, quais sejam a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicoativas de 1988, todos ainda vigentes.

As normas internacionais influenciaram, também, o surgimento e a consolidação do proibicionismo no Brasil. Observou-se a presença do viés repressivo no controle de drogas desde as primeiras legislações brasileiras acerca da questão até a Lei de Drogas atual, a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Constatou-se que, de acordo com a Lei 11.343/2006, não obstante o uso de entorpecentes ser atípico, o porte das substâncias para o consumo próprio fora criminalizado, ainda que não seja punível com pena privativa de liberdade. Isto é, houve, tão somente, a despenalização da conduta, mas manteve-se a sua natureza delitiva. Assim, de acordo com o art. 28 da Lei 11.343/2006, o indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para o uso pessoal sofrerá a intervenção penal mediante penas restritivas de direito.

O foco do presente trabalho voltou-se para a problemática em torno da intervenção penal sofrida por quem comete um dos verbos contidos no art. 28 da Lei de Drogas. Isto é, buscou-se apurar a legitimidade do *jus puniendi* nesse particular em face de premissas abstratas que autorizam a atuação do Direito Penal.

Tais premissas consubstanciam a denominada teoria do bem jurídico penal, da qual derivam, dentre outros, o princípio da intervenção mínima, o princípio da lesividade e o princípio da alteridade. Em termos gerais, a teoria do bem jurídico funciona como verdadeiro limite de atuação do legislador penalista e também do aplicador do Direito, na medida em que só permite a intervenção penal para tutelar um determinado interesse jurídico, indispensável para o indivíduo e/ou para o corpo social. Assim, é a ofensa ou a ameaça de perigo a esse valor que legitima a atuação do Direito Penal.

Conforme a teoria do bem jurídico, é necessário, ainda, que o interesse jurídico protegido pela norma incriminada situe-se na esfera de titularidade de outrem. Isto é, a lesão ou exposição à perigo deve atingir bem jurídico de terceiro, haja vista a imprescindível transcendentalidade do resultado da conduta. Caso contrário, estar-se-á diante de uma autolesão, impunível no Estado Democrático de Direito ante a ausência do desequilíbrio nas relações sociais.

Ademais, evidenciou-se durante o estudo comparado das jurisprudências acerca da questão, principalmente do Recurso Extraordinário 635.659, que a teoria do bem jurídico penal corrobora o direito à intimidade e à vida privada, constitucionalmente tutelados no ordenamento jurídico brasileiro. Obsta-se, dessa forma, que o Estado intervenha penalizando condutas pelo simples fato de serem tidas como imorais ou reprováveis por parcela da sociedade.

No tocante ao porte de drogas para o consumo pessoal, o bem jurídico protegido pela norma, conforme o entendimento majoritário da doutrina penalista, é a saúde pública. Comprovou-se, todavia que o uso de entorpecentes, e, portanto, a posse com a finalidade do consumo próprio enseja, tão somente, a eventual ofensa à saúde individual do próprio agente. Inexistem danos à terceiro, e, antes de tudo, inexiste a própria certeza da lesão ao agente, uma vez que o porte de substâncias psicoativas para o consumo próprio não significa, necessariamente, a utilização das mesmas. Em que pese, a finalidade da conduta ser o uso da droga, nada garante o seu efetivo consumo na prática. Trata-se, em verdade, de uma possível autolesão.

Dessa forma, em razão do comportamento situar-se, exclusivamente, no âmbito individual do próprio agente, ou seja, diante da ausência de lesão ou ameaça de perigo a interesse jurídico de outrem, o Estado não pode intervir, mediante o Direito Penal, no porte de drogas para o uso próprio. Carece, portanto, de legitimidade a previsão disposta no art. 28 da Lei 11.343/2006 à luz da teoria do bem jurídico penal. Todavia, ainda que retire-se a natureza criminal da conduta disposta no art. 28 da Lei 11.343/2006, como aqui defendido, a mesma poderá ser objeto de regulamentação de outras áreas do Direito que demonstrem-se mais adequadas.

Pontue-se que o estudo proposto no presente trabalho e a consequente conclusão acerca da ilegitimidade do art. 28 da Lei de Drogas, amolda-se ao entendimento que a Suprema Corte Brasileira vem seguindo no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, que se julgado procedente, ensejará a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, e, por conseguinte, a descriminalização do porte de entorpecentes para o consumo pessoal.

Por fim, é necessário reconhecer a mínima, quase inexistente, chance de um país individualmente obter sucesso com a alteração legal do sistema proibicionista atualmente em vigor, face à força normativa da sua consolidação. Todavia, uma eventual mudança de perspectiva por parte das Nações Unidas, e o reconhecimento oficial, ainda que parcialmente, da derrota do modelo atual, pode ser capaz de ensejar uma flexibilização para que os países reflitam acerca de uma política de drogas mais condizente com as garantias individuais.

Assim, propõe-se como sugestão para uma futura evolução do estudo sobre a questão das drogas a implementação do modelo da legalização controlada das drogas, uma vez que revela-se mais apropriado, conveniente e racional.

Com a legalização controlada é viabilizado o controle da toxicomania, a partir da legalização do comércio de parte das substâncias hoje consideradas ilícitas e do controle sanitário pelo Estado. Os tributos decorrentes da venda dos entorpecentes seriam destinados ao financiamento de políticas de prevenção e informação aos usuários e aos demais custos das estratégias de redução de danos como forma de diminuir os efeitos do abuso de drogas. Dessa forma, o Estado teria que supervisionar e controlar o mercado, como já acontece com drogas lícitas, a exemplo do álcool e do tabaco.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans. Joaquim. Políticas (criminais) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 26, 1999, p. 175-194.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª. Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARGENTINA *Ley n° 23.737, de 21 de setembro de 1989, Tenencia y trafico de estupefacientes*. Disponível:

<[https://web.oas.org/mla/en/G\\_Countries\\_MLA/arg\\_mla\\_ley\\_es.pdf](https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/arg_mla_ley_es.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Procuración General de la Nación. Causa n. 9.080 de 2009*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-justica-argentina-porte-.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2018.

ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das Drogas**. 1ª. ed. São Paulo: Leya, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Introducción a la criminología de la droga*. In: *ELBERT, Carlos Alberto (Ed). Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*. Montevideo: B de F. 2004. p. 122-138.

BARROSO, Luis Roberto. **Anotações para o voto oral do ministro Luis Roberto Barroso**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delito e das penas**. 3ª ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal. **Revista Liberdades**. São Paulo. vol. 1. n. 1. mai./ago., 2009, p. 16-29. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=3](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=3)>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BELTRAME, Priscila Akemi. Direito penal. Princípio da autonomia de vontade. Princípio da proporcionalidade. Constitucionalidade da criminalização do uso ou do porte para uso próprio. Tribunal Constitucional Federal Alemão BVerfGE 90, 145 j. 09.03.1993 **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim ano 20. edição especial. out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BENETTI Débora Aparecida Miranda; VENTURA Carla Aparecida Arena. A Evolução da Lei de Drogas: o tratamento do usuário e dependente de drogas no Brasil e em Portugal. **SMAD Revista Eletrônica Saúde Mental Álcool e Drogas (Edição Em Português)**. V. 10 n. 2, mai./ago. 2014, págs. 52/60. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/smad/article/view/98717>>. Acesso em: 27 out. 2018.

BIANCHINI, Alice. Considerações iniciais. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 28-104.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Código Penal, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Penal, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Penal, de 16 de dezembro de 1830.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938.** Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt\\_bra\\_1936\\_convencao\\_repressao\\_trafico.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1936_convencao_repressao_trafico.pdf)>. Acesso: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **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. Brasília, DF. 28 de set. de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D22213.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977.** Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970->

1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938.** Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938.** Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm)>. Acesso em: 24 nov. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.720, de 21 de setembro de 1942.** Fixa normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativo-terapêuticos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4720-21-setembro-1942-414751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo nº 5, de 7 de abril de 1964.** Aprova a Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova York, a 30 de março de 1961. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-5-7-abril-1964-350079-convencao-1-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo nº 90, de 27 de agosto de 1964.** Aprova o texto da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada, em 21 de fevereiro de 1971, pelo Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-90-5-dezembro-1972-346309-norma-pl.html>>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Presidencial nº 4.345, de 26 de agosto de 2002.** Institui a Política Nacional Antidrogas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4345-26-agosto-2002-451545-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964.** Altera a redação do artigo 281 do Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF, 21 de out. de 1976. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Brasília, DF. 11 de jan. de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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. Brasília, DF. 24 de ago. de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF. 31 de dez. de 1998. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Recurso Extraordinário 635.659. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 635.659. Rel. Gilmar Mendes. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso: 19 de nov. de 2018.

CALLEGARI, André Luís. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. **Direito penal em tempos de crise.** 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7.134, de 2002.** Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas; sobre a prevenção, a repressão e o tratamento; define crimes, regula o procedimento nos crimes que define e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=66174>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

CARNEIRO, Henrique. Transformações da palavra “droga”: das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo. In: VENÂNCIO, R. P.; CARNEIRO, H. (Org.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Editora PUCMinas, 2005. p. 11-27.

\_\_\_\_\_. **Filtros, mezinhas e triacas: as drogas no mundo moderno**. São Paulo: Xamã, 1994.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 1996. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira Andrade.

\_\_\_\_\_. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 5ª. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático Lei 11.343/06**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 2007.

\_\_\_\_\_. **A atual política brasileira de drogas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 9, n. 34, abr./jun. 2001.

CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador; SILVA, José Cirilo Cordeiro. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania** – Volume 1 – nº 1 – 2010. Disponível: <[http://docs.uninove.br/artefac/publicacoes/pdfs/jose\\_cirilo.pdf](http://docs.uninove.br/artefac/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

COLÔMBIA. Direito penal. Porte de drogas / entorpecentes para uso próprio. Princípio da lesividade. Princípio da intervenção mínima. Descriminalização do uso de drogas / entorpecentes. Corte Suprema de *Justicia* (Colômbia) Processo nº 31531 j. 08.07.2009. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim ano 20. edição especial. out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30, de 1986)**. Disponível em: <[https://legislacion.vlex.com.co/vid/ley-estatuto-nacional-estupefacientes-336266181#section\\_6](https://legislacion.vlex.com.co/vid/ley-estatuto-nacional-estupefacientes-336266181#section_6)>. Acesso em: 24. nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal**. Sentença nº C-221/94 Depenalização do Consumo da Dose Pessoal. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Julgado em 05 mai. 1994. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20015890>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DANTAS, Miguel Camon, Bem jurídico-penal no estado constitucional. **Revista da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: *Jus Podivm*. ano 03. jan./jun. 2009, p. 89-116.

DAVID, Décio Franco. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. RT, vol. 115. ano 23, jul./ago., 2015, p. 17-57.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Ed. RT, 2007, t. I.

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

DIEL, Aline Ferreira da Silva; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **A justiça restaurativa e suas razões de aplicação na Lei 11.343/06 em relação ao consumidor de drogas**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4752b5db56ec5b58>>. Acesso em: 23 out. 2018.

DIETER, Vitor Stegemann. **A construção histórica das drogas ilegítimas o objeto simbólico da proibição**. 2011. Tese (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Orientador. Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31455/1475%20VITOR%20STEGEMAN%20DIETER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DALBOSCO, Carla. A política e a legislação brasileira sobre drogas. *In*: DUARTE, Paulina do Carmo A. Vieira. ANDRADE, Arthur Guerra de. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.

FACHIN, Luis Edson. **RE 635.659-RG – Rel. Min. Gilmar Mendes Voto-Vista Min. Edson Fachin**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. **Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas: uma provocação necessária**. Vol. 21, n. 61, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a13v2161.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

FRANKENBERGER, Alexandre Jordão. **Definição de droga**. Disponível em: <<http://oassuntoedroga.blogspot.com.br/2009/08/definicao-de-droga.html>>. acesso: 24 set. 2018.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 20, n. 239-A – ed. especial, out. 2012, p. 6-8.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. *In*: Fascículos de Ciências Penais. Edição especial. **Drogas: abordagem interdisciplinar**. V. 3, n. 2.

GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 24. n. 124, out. 2016, p. 17-35.

GOMES, Luiz Flávio. **Corte Argentina descriminaliza a posse de drogas para uso pessoal**. 2009. Disponível em: <[http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/01\\_10\\_2009.pdf](http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/01_10_2009.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006**. E ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Luis. Comentário ao estudo de Schünemann “O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal”. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 25 anos**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 201- 210.

\_\_\_\_\_. 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: RT, n. 87, 2010, p. 84-102.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 18. v. 87. nov./dez. 2010, p. 103-120.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. *In*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs. e tradução). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, número especial de lançamento, dez. 1992, p. 75-87.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam, 1991.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura Italiana sobre o princípio da ofensividade. **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: *Jusdivm*, 2013, p. 197-210.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 20, n. 239-A – ed. especial. out. 2012, p. 4-6.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 2, set./dez., 2009, p. 13-24.

MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda. **Estudo geral da nova lei de tóxicos**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 agosto de 2006 – comentada artigo por artigo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MENDES, Gilmar. **Recurso extraordinário 635.659 São Paulo. Voto de Gilmar Mendes**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

NETO, Manoel Valente Figueireido; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos; SOUSA, Rutheene de Carvalho. As drogas e a situação do usuário/dependente: a égide da lei nº 11.343/2006. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=5995&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5995&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 27 out. 2018.

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. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4 ed. rev. e atual. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLMO, Rosa Del. **A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, 2002. p. 65-80.

\_\_\_\_\_. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoní. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. **La cara oculta de la droga**. *Santa Fe de Bogotá (Colombia)*: Editorial Temis S.A, 1998.

\_\_\_\_\_. **La socio-política de las drogas**. *Caracas (Venezuela)*: Universidad Central de Venezuela: FACES, 1975.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2018.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a Política Criminal de Drogas no Brasil: Elementos para uma Reflexão Crítica**. 2018. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta\\_duboc\\_pe drinha.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pe drinha.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2018.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBBCRIM, 2002.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. In: **Revista Nuevo Foro Penal**. Universidad EAFIT, Medellín. vol. 6, n. 74, enero-junio 2010, p. 58-80.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. 1 ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 2013.

\_\_\_\_\_. De drogas e democracias. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim ano 20. edição especial. out. 2012, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; STAFENN, Márcio Ricardo; RIBEIRO, Diaulas Costa. Direito Penal e Constituição. In: **XXV Encontro Nacional do CONPEDI – BRASÍLIA/DF**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/743p0iw2/utlKQTS35Zh9N494.pdf>>. Acesso em: 28 nov. de 2018.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo Faculdade de Direito, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Salomão Shecaira.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Orgs.) **Drogas e Cultura: Novas Perspectivas**, Salvador: EDUFBA, 2008.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general: fundamentos – La estructura de la teoria del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, et al. Madrid: Civitas, 2008, t. I.

\_\_\_\_\_. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Aloar Leite. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 101. n. 922. out. 2012, p. 293-322.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar; CAMPONÊS, Jorge Filipe Bandejas de Oliveira; ALMEIDA, Maria Amélia Dias Figueiredo de; *et al.* Livro V. In: **Ordenações Filipinas online**. 1998. Disponível: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

SÁNCHEZ, Maurício Martinez. *La política antidrogas em Coombia y el control constitucional*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, n. 48, p. 82-108, mai./jun. 2004.

SANTOS, Cleopas Isaías. Alguns apontamentos sobre as Vinculações filosóficas E constitucionais do conceito Material de crime. **Revista Liberdades**. n. 07. mai./ago. 2011, p. 77-96. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/8/artigo3.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/8/artigo3.pdf)>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 121. ano 24. jul. 2016, p. 13-50.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. de Beatriz Henning *et al.* Montevideú: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVEIRA, Dartiu Xavier; MOREIRA, Fernanda Gonçalves. **Reflexões preliminares sobre a questão das substâncias psicoativas: Panorama atual de drogas e dependência**. São Paulo: Atheneu, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A nova Política criminal brasileira sobre drogas: avanços ou retrocessos? In: GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes (coord.) **Nova lei antidrogas comentada – Lei n. 11.343**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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: Revista dos Tribunais. ano 19. n. 88, jan.-fev. 2011, p. 167-186.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Orgs.) **Drogas e Cultura: Novas Perspectivas**, Salvador, EDUFBA, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legislación de antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario*. In.: **Fascículos de Ciências Penais**. Vol. 3. N. 2. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1990.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 19. n. 90, mai./jun. 2011, p. 97-107.