

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL:
SERIA O ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006 INCONSTITUCIONAL?**

NELSON DIAS NETO

RIO DE JANEIRO

2017/2

NELSON DIAS NETO

**CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL:
SERIA O ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006 INCONSTITUCIONAL?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

D469c Dias Neto, Nelson
 Criminalização do porte de drogas para consumo
 pessoal: seria o artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006
 inconstitucional? / Nelson Dias Neto. -- Rio de
 Janeiro, 2017.
 75 f.

 Orientadora: Luciana Boiteux.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

 1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Lei n.º
 11.343/2006. 4. Recurso Extraordinário n.º 635.659.
 I. Boiteux, Luciana, orient. II. Título.

NELSON DIAS NETO

**CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL:
SERIA O ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006 INCONSTITUCIONAL?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

À minha família, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a meus pais, Juracy Manoel Dias e Ruth Kapitzky Dias, por terem me proporcionado essa oportunidade.

À Gabriela, pelo amor incondicional. Serei eternamente grato pelo companheirismo e pelo nosso encontro, que perdurará, a qualquer tempo, como algo bonito.

Aos meus irmãos, pelo aprendizado.

Academicamente, a todos que ajudaram na elaboração desse trabalho. Especialmente à minha orientadora - Professora Luciana Boiteux - pela paciência e pelo encorajamento, bem como pelos ensinamentos que, claramente, não se limitarão a esse estudo.

Não menos importante, à Professora Maíra de Lara, pelo incentivo ao nascimento desse projeto, o qual hoje se concretiza.

Por fim, aos amigos e às amigas da Nacional, pelos sorrisos compartilhados.

RESUMO

O presente trabalho objetiva investigar a constitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal. Nessa busca, analisou-se brevemente o contexto histórico referente às drogas no Brasil, destacando a incorporação do modelo proibicionista à legislação brasileira. Assim, averiguou-se o contexto prévio ao advento da atual Lei de Drogas, levando o presente estudo a compreender melhor as questões contemporâneas. Após, examinou-se o Recurso Extraordinário n.º 635.659, comparando os votos até então proferidos pelos ministros – Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso - do Supremo Tribunal Federal. A partir dos pontos elucidados nos votos, debateu-se sobre a fundamentação jurídica da criminalização do consumo pessoal, à luz dos estudos doutrinários relativos ao tema. Por fim, por meio do conteúdo dos votos e da pesquisa teórica, obteve-se um esclarecimento sobre o propósito desta investigação.

Palavras-chaves: Direito Penal; Criminologia; Lei n.º 11.343/2006; Recuso Extraordinário n.º 635.659.

ABSTRACT

The present project aims to investigate the constitutionality of the article 28 of the Law n.º 11.343/2006, which criminalizes drug possession for personal usage. In this research, the historical background of drugs usage in Brazil was briefly analysed highlighting the incorporation of the prohibitionist model to the Brazilian legislation. Therefore, the previous context to the creation of the current drug law was observed, leading us to a better understanding of the current scenario. The Case n.º 635.659 was examined, comparing the votes cast so far by the ministers - Gilmar Mendes, Edson Fachin and Luís Roberto Barroso - of the Supreme Federal Court. Based on the issues addressed on these votes, the legal basis for the criminalization of personal consumption was discussed in the light of doctrinal studies related to the theme. At last, based on the votes and on the theoretical research, the purpose of this investigation was clarified.

Keywords: Penal Law; Criminology; Law n.º 11.343/2006; Case n.º 635.659.

LISTA DE SIGLAS

DEPEN	Departamento Penitenciário
EUA	Estados Unidos da América
HCV	Vírus da Hepatite C
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
JECrim	Juizados Especiais Criminais
RE	Recurso Extraordinário
SISNAD	Sistema Nacional Antidrogas
STF	Supremo Tribunal Federal
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – Breve histórico das leis brasileiras no tocante às drogas	13
1.1 O Brasil até 1940	13
1.2 O intervalo entre o Código Penal de 1940 e a Ditadura Militar	17
1.3 O Período Ditatorial Militar	19
1.3.1 A Lei n.º 6.368/1976 e a influência estadunidense.....	20
1.4 A Constituição de 1988 e a legislação anterior à atual Lei de Drogas	23
1.5 A Lei n.º 11.343/2006	26
CAPÍTULO II - O Recurso Extraordinário n.º 635.659	30
2.1 O contexto	30
2.2 As razões do recurso	31
2.3 A repercussão geral	32
2.4 O parecer da Ministério Público Federal	33
2.5 A análise dos votos até então proferidos	34
2.5.1 Ministro Gilmar Mendes.....	34
2.5.2 Ministro Edson Fachin.....	43
2.5.3 Anotações para o voto do ministro Roberto Barroso.....	47
2.5.4 A unanimidade e a divergência entre os votos.....	50
2.6 A importância do julgado para a sociedade brasileira	51
CAPÍTULO III – Debate sobre a fundamentação jurídica do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006	53
3.1 Introdução	53
3.2 Os direitos constitucionais à intimidade e à privacidade	53
3.3 A proteção do bem jurídico saúde pública	57
3.4 A violação ao princípio da lesividade	65
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Como sanções, essa norma penaliza com advertência sobre os efeitos das drogas, com a prestação de serviços à comunidade e com o comparecimento à programa ou a curso educativo.

Indaga-se sobre a constitucionalidade dessa previsão, uma vez que tal artigo, ao invadir a esfera pessoal do usuário, viola os direitos constitucionais à privacidade e à intimidade. Como resposta, defensores da criminalização apontam a proteção ao bem jurídico saúde pública, assim como o respeito à criminalização estipulada pelo legislador originário.

Nesse panorama, em uma ação criminal denunciada sob fundamento do art. 28 da Lei de Drogas, foi interposto perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário n.º 635.659. Neste, debate-se a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal - à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal – frente aos princípios da intimidade e da vida privada.

A partir disso, portanto, tem-se um questionamento: seria a previsão do art. 28, da Lei de Drogas, inconstitucional?

Essa pesquisa encontra sua importância na necessidade da reafirmação das garantias e direitos fundamentais presentes em um Estado Democrático de Direito. Este que tem como norte o disposto na nossa Constituição Federal promulgada em 1988, especialmente suas garantias e seus princípios. Busca-se, assim, eliminar paulatinamente os aspectos inconstitucionais presentes em nossa legislação.

Atualmente, o Brasil enfrenta as consequências do seu modelo proibicionista de repressão às drogas – imposta ao mundo pelos Estados Unidos, por meio de tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Nesse cenário, deve-se apreciar o desenvolvimento e a aplicação jurídica em âmbito nacional, do ponto de vista garantista, conforme os direitos, garantias e princípios constitucionais.

Para melhor debater sobre essa questão, pois, estudar-se-á a história da legislação referente às drogas no Brasil no capítulo I. Quanto à criminalização do uso, inicia-se o estudo nas Ordenações Filipinas, impostas em território nacional a contar do início do século XVII. Em seguida, expõe-se sobre a legislação até o ano de 1940, atentando para o início do modelo proibicionista no início do séc. XX, após a Convenção Internacional do Ópio, em Haia. Momento em que surge, também, o modelo sanitário, tratando o usuário como um doente a ser tratado. Em 1940, é editado o Código Penal brasileiro, sob influência da Constituição de 1937 – caracterizada por um perfil autoritário. Após o fim do Estado Novo, apresenta-se os decretos editados até o período militar. Seguidamente ao golpe militar de 1964, alerta-se para o início do modelo bélico no que se refere aos entorpecentes, enfatizando o decreto 6.368/1976 e a influência estadunidense no período. Em ato contínuo, atravessa-se o período de reconstrução da democracia no Brasil até a edição da Lei n.º 11.343/2006 – lei atual quanto ao tema – dissertando sobre as suas previsões. Dessa forma, olha-se para o passado com o intuito de entender o porquê dos problemas presentes.

Posteriormente, no capítulo II, analisar-se-á o RE n.º 635.659. Objetiva-se verificar o parecer da Procuradora da República, em contraponto com os argumentos da Defensoria. Examinar-se-á, ainda, os votos até então proferidos pelos ministros da Suprema Corte, comparando-os. Além do mais, será exposto a importância desse julgado para a sociedade brasileira, tendo em vista os fatores sociais e culturais pátrios.

Por fim, no capítulo III, debater-se-á sobre os fundamentos jurídicos do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, através dos estudos desenvolvidos por especialistas no tema - como Luciana Boiteux, Maria Lúcia Karam, Luís Greco, Nilo Batista e Salo de Carvalho. Com isso, visa-se compreender os princípios constitucionais à privacidade e à intimidade, oriundos da criação do Estado Democrático de Direito brasileiro. Além disso, debate-se sobre proteção do bem jurídico saúde pública, discutindo-se juridicamente sobre a aplicação desse conceito, tanto quanto da efetiva proteção desse bem jurídico coletivo. Por consequência, enfim, discorrer-se-á acerca do princípio da lesividade, conceituando-o e buscando compreender a sua importância.

CAPÍTULO I - BREVE HISTÓRICO DAS LEIS BRASILEIRAS NO TOCANTE ÀS DROGAS

1.1 O Brasil até 1940

A primeira referência de regulamentação sobre controle de determinadas substâncias no Brasil remete-se às Ordenações Filipinas – que entraram efetivamente em vigor no período colonial em 1603. Nesse instituto, especificamente no seu livro V, Título LXXXIX, que dispunha do texto “que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”¹. À época, permitia-se a administração das substâncias venenosas apenas aos boticários registrados.

Posteriormente, com o advento do Código Criminal do Império, em 1830, perdeu-se a previsão de crimes relacionados às substâncias venenosas.

Esse controle retornaria somente em 1890, com a edição do Código Penal da República dos E. U. do Brazil. A proibição integrava o Título III, da parte especial, Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública. No seu art. 159², previa-se o tipo de “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”. Para o delito, todavia, aplicava-se a pena de multa. Atenta-se para a ausência de criminalização para o usuário nesse período.

Em 1912, realizou-se a Convenção Internacional do Ópio em Haia – primeiro tratado internacional de controle de drogas, estabelecendo a criminalização de entorpecentes. Nesse contexto, surge em âmbito mundial o modelo proibicionista³.

O Brasil incorporou esse modelo, aderindo a esse tratado com o decreto n.º 2.861/1914. Essa posição foi ratificada internamente por meio do decreto n.º 11.481/1915, que objetivou “impedir o abuso crescente do opio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaina,

¹ BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 136.

² BRASIL, Código Penal de 1890. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496205>>.

³ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 80.

constantes das resoluções aprovadas pela conferencia Internacional do Opio”⁴. Nota-se, a partir desse momento, o início do modelo sanitário de repressão ao uso de drogas, conforme a concepção de Nilo Batista⁵, adquirindo a política criminal brasileira uma configuração definida.

Nessa conjuntura, editou-se o decreto n.º 4294/1921, revogando o art. 159 do Código penal de 1890. De forma inédita, citou-se expressamente de o termo “entorpecente”, prevendo prisão celular, de um a quatro anos, no art. 1º, parágrafo único, do referido decreto, “si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaina e seus derivados”⁶.

O caráter determinante da política proibicionista revelou-se na edição do decreto n.º 20.930/1932⁷ - influenciado⁸ pela popularização do consumo de ópio e haxixe, principalmente nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana. Dessa vez, revogou-se o *caput* do art. 159, do Código Penal de 1890, acrescentando à pena originária de multa a prisão celular. Além disso, previu-se expressamente o conjunto de substâncias entorpecentes, em seu art. 1º, assim como em seu art. 25, verificou-se a multiplicação de verbos ao tipo de tráfico, fenômeno destacado por Zaffaroni⁹ em legislações de drogas latino-americanas influenciadas pela política internacional proibicionista. O porte das substâncias entorpecentes, ainda, foi criminalizado pelo art. 27 desse decreto, trazendo a pena de três a nove meses de prisão celular, se em posse de dose superior à permitida pela receita médica. Quanto ao acesso às drogas, o fluxo de importação era exercido pela alfândega do Rio de Janeiro (arts. 11 ao 14), assim como qualquer aquisição exercida por importador não certificado era caracterizado como contrabando (art. 19).

⁴BRASIL, Decreto n.º 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>>.

⁵BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 79.

⁶BRASIL, Decreto n.º 4.294, de 06 de julho de 1921. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>.

⁷BRASIL, Decreto n.º 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>.

⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La legislación “antidroga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Edição especial. *Drogas: abordagem interdisciplinar*. v. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, p. 18. APUD BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 138.

Nessa etapa, os próximos decretos – decretos n.º 24.505/1934 e n.º 20.930/1932; decreto-lei n.º 891/1938 – regulamentaram o controle na importação dos entorpecentes.

Diante desse contexto, o “que se depreende com clareza de tais normas é a concepção sanitária de controle do tráfico, de um tráfico que se alimenta do desvio da droga do seu fluxo autorizado.”¹⁰

O usuário, por sua vez, não era criminalizado, uma vez que, conforme esse modelo, precisaria de tratamento, e não de punição. No entanto, estava ele sujeito à internação facultativa ou compulsória, por tempo determinado ou não, conforme o art. 45¹¹ do decreto n.º 20.930/1932, não podendo fazê-lo no seu domicílio, de acordo com o art. 28¹², do decreto-lei n.º 891. Diante da improvável internação facultativa, permitiu-se o requerimento de parentes, consoante o art 45, § 3, do decreto n.º 20.930/1932. Assim, permitia-se, quanto aos usuários, um controle intrafamiliar¹³, com efeitos patrimoniais, uma vez que a simples internação, decretada pelo juiz, levava-o a nomear “pessoa idônea para acautelar os interesses do internado”, com “poderes de administração”. Poderia o juiz, portanto, autorizar a administração de bens do usuário, mediante laudo médico. Enfim, apesar da ausência de criminalização, a internação obrigatória, mostrava-se extremamente onerosa para o consumidor de entorpecentes.

Após o Golpe de Estado de 1937, iniciou-se a fase ditatorial de Getúlio Vargas. Nesse quadro, abriu-se espaço para a instauração de um sistema mais repressivo. Sob a égide da 2ª Convenção de Genebra de 1936, editou-se a “Lei de Fiscalização de Entorpecentes”, decreto-lei n.º 891/1938, prevendo o controle da produção e do tráfico de drogas. Quanto ao consumo pessoal, houve a criminalização – com pena de um a cinco anos de prisão, nos termos do art. 33¹⁴ desse decreto-lei - regulamentando-se, também, a internação e a interdição civil de

¹⁰ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 81.

¹¹ Art. 45. Os toxicômanos e os intoxicados habituais por entorpecentes e pelas bebidas alcoólicas ou, em geral, inebriantes, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não. (...) § 3º A internação facultativa dar-se-á quando provada a conveniência do tratamento hospitalar, e a requerimento do interessado, seus representantes legais, cônjuge ou parente até o quarto grau colateral inclusive.

¹² Artigo 28 Não é permitido o tratamento de toxicômanos em domicílio.

¹³ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 82.

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm

toxicômanos. Por fim, de forma inédita, foram descritas todas as substâncias supervisionadas pela fiscalização administrativa¹⁵.

Pouco tempo depois, editou-se o Código Penal de 1940, ainda sob vigência da Carta outorgada em 1937, durante o Estado Novo, com o Congresso ainda fechado. Segundo Luciana Boiteux¹⁶, essa legislação carregava a rigidez e o autoritarismo característicos desse período. Além disso, foi ideologicamente influenciado pelo tecnicismo jurídico e pelo neopositivismo, mostrando-se eclético ao compor diversas teorias penais. Ressalta-se que, à época, a droga não tinha destaque na mídia, nem era objeto de uma preocupação social – vez que os crimes registrados consistiam em homicídio, furto, apropriação indébita e estelionato¹⁷ - tendo em vista a predominância rural da sociedade, com cidades pequenas.

Nesse código, descriminalizou-se¹⁸ o consumo de drogas, assim como reduziu o número de verbos associados à criminalização das drogas, comparando-se a o decreto n.º 891/1938, em seu art. 33. Além disso, readotou-se a técnica da norma penal em branco, característica que acompanha até hoje o direito penal brasileiro. Justifica tal adoção, Luciana Boiteux¹⁹.

A explicação dada para a adoção de leis penais em branco nos crimes de tóxicos estaria na alegada “criatividade dos traficantes”, que demandaria uma maior flexibilização para a alteração da lista das substâncias proibidas. Na realidade, atribuiu-se um maior poder às autoridades, que legislam sobre matéria de drogas sem depender de lei em sentido estrito.

Quanto ao consumo, enfim, perpetuou-se o modelo sanitário. Via-se o usuário como um refém da sua doença, não sendo eficaz, então, prendê-lo. No entanto, intensificou-se o controle criminal sobre o tráfico, lançando-se mão ao direito penal como forma de controle social sobre o comércio de entorpecentes.

¹⁵ Conforme art. 1º do Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>.

¹⁶ BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 140.

¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Mens legis insana, corpo estranho*. In: DOTTI, René et al. *Penas Restritivas de Direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 26. APUD BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 140.

¹⁸ Discutiu-se, diante do trazido no seu art. 281, sobre a criminalização do usuário. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o consumidor não estava abrangido por essa previsão, descriminalizando-se o uso.

¹⁹ BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 141.

1.2 O intervalo entre o Código Penal de 1940 e a Ditadura Militar

Após o fim do Estado Novo, o Brasil se redemocratizou elegendo Eurico Gaspar Dutra como seu presidente. Nessa reestruturação, promulgou-se a Constituição de 1946, proibindo penas cruéis e prevendo garantias penais. Nessa conjuntura, a discussão envolvendo as drogas perde a sua força, posto que os números de delitos envolvendo o tráfico não interessaram os juristas, legisladores e criminólogos naquele momento.

Apesar disso, continuou-se a controlar a distribuição de drogas, editando os decretos-lei n.º 4.720/1942, n.º 8.646/1946 e n.º 20.397/1946. O primeiro regulamentou o cultivo das plantas entorpecentes. O segundo centralizou a autorização para importação e exportação de entorpecentes. O terceiro, por fim, regulou a indústria farmacêutica do país.

Nessa perspectiva, alerta Nilo Batista²⁰.

No peculiar quadro da industrialização restringida brasileira, a conversão da droga em mercadoria de um lado sinalizava bons negócios futuros no âmbito silencioso e lícito das fármaco-dependências, e de outro lado contribuía para dissipar o protagonismo dos próprios operadores sanitários no comércio das chamadas substâncias entorpecentes(...)

Percebe-se, nesse contexto, a instauração de uma política proibicionista sistematizada, consoante define Salo de Carvalho²¹.

Assim, é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 1940 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada*. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.

²⁰ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 84.

²¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 61-62.

Após esses decretos, durante o governo de Juscelino Kubitschek (1955-1960), verificou-se um aumento nos crimes patrimoniais²². Não se atentou, nesse período, sobre os problemas provocados pela proibição do consumo e do transporte de drogas, não havendo alteração na legislação.

Para melhor entendimento do que ocorreu no período ditatorial militar, é importante mencionar o que ocorrera na esfera global de combate às drogas. Nesse sentido, percebia-se no mundo a popularização do consumo da maconha e do LSD, a partir da década de 1960. Porquanto, o uso de entorpecentes foi utilizado pelos movimentos de contestação como “arma” de protesto contra as políticas imperialistas armamentistas mundiais. As drogas ilícitas, então, tornaram-se, aliadas a outros elementos culturais, “o quadro de manifestações estéticas das políticas de ruptura”.²³

Nesse panorama, esclarece Salo de Carvalho²⁴.

Contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando o *pânico moral* que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. A *Convenção Única sobre Estupefacientes*, aprovada em Nova Iorque em 1961, é reflexo imediato desta realidade.

Nessa lógica, surge o *modelo médico-sanitário-jurídico*²⁵, tendo como principal característica a “distinção entre *consumidor* e *traficante*, ou seja, entre *doente* e *delinquente*, respectivamente”. Desse modo, para os traficantes aplicar-se-ia o discurso jurídico-penal,

²² DONNICI, Virgílio. *A criminalidade no Brasil: meio milênio de repressão*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 64. APUD BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 142.

²³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

²⁴ Ibidem, pp. 64-65.

²⁵ Para Rosa del Olmo, “*se desarrollaría un discurso científico en términos de salud mental que se consolida em un doble discurso oficial que bien se puede calificar de médico-sanitario-jurídico, ya que se observa una clara separación entre el delincuente-traficante y el consumidor-enfermo; no obstante, el énfasis recae sobre este último con la política de fortalecer la industria de la salud mental y, de manera particular, el tratamiento*” (OLMO, Rosa. *A Face Oculta da Droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 125), APUD CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

estigmatizando-o como o verdadeiro inimigo da moral e da saúde pública. Enquanto que, para o consumidor, bastaria o discurso sanitarista, tratando-o como o dependente.

Assim, esse modelo de tratamento, em conjunto com a transnacionalização do controle das drogas, incorporou-se à legislação do Brasil, durante o período ditatorial militar, momento analisado no próximo subcapítulo.

1.3 O Período Ditatorial Militar

Após o golpe militar de estado em 1964, implantou-se no Brasil o modelo bélico de repressão às drogas, segundo Nilo Batista²⁶. Isso, pois, criou-se, nesse período, as condições necessárias para tal. Quadro em que o país sofreu com um sistema penal autoritário, constantemente violador dos direitos humanos e das garantias individuais do cidadão.

Para compreender essa tendência, é indispensável uma referência ao capitalismo industrial de guerra, marcante no período da Guerra Fria. Nesse contexto, este conflito produziu nos Estados Unidos uma aliança entre setores militares e industriais para o qual os conflitos armados eram – e ainda são – condição de desenvolvimento. Para tal, então, nada mais interessante do que a militarização das relações internacionais, assim como a sua incorporação interna pelos países vinculados à geopolítica mundial. Conforme explica Nilo Batista²⁷, o instrumento teórico para essa incorporação foi a doutrina de segurança nacional – adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar - que foi elaborada no Brasil pela Escola Superior de Guerra²⁸.

Sob essa égide, instaurou-se no período ditatorial um sistema penal autoritário. Nessa linha, editou-se a Lei n.º 4.451/1966, que previu a plantação de espécies produtivas de entorpecentes no rol dos crimes e o Decreto-lei n.º 159/1967, que estendeu a proibição às anfetaminas e aos alucinógenos.

²⁶ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 84.

²⁷ *Ibidem*, p. 85.

²⁸ *Ibidem*, p. 85.

Em 1968, o presidente do regime ditatorial, General Costa e Silva, promulgou o Ato Institucional n.º 5, estabelecendo o fechamento do Congresso alguns dias depois. Neste momento, editou-se o decreto-lei n.º 385, equiparando o usuário ao traficante, conforme a incorporação do art. 281, §1º, III, que previa a punição para quem ²⁹“traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)”. Rompe-se aqui com o *modelo médico-sanitário-jurídico*, posto que a situação de dependente foi simplesmente rechaçada.

Após, sob a presidência do General Emílio Médici, editou-se a Lei n.º 5.726/1971, alterando o antigo decreto-lei. Apesar de ser menos repressiva, não se diferenciou, ainda, o usuário eventual do traficante. Iniciou-se, porém, o processo de substituição do modelo repressivo característico das legislações anteriores.

No final da década de 1970, o Brasil atravessou um período de transição, caracterizada pela abertura política do país, tendo como consequência a edição da Lei n.º 6.386/1976, que será analisada em um subcapítulo à parte, conjuntamente com o contexto geopolítico dominante à época.

1.3.1 A Lei n.º 6.368/1976 e a influência estadunidense

A Lei de Tóxicos de 1976 revogou a Lei n.º 5.726/1971, compilando as leis de drogas e uma só lei especial. A distinção residiu na graduação das penas. “cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do *narcotraficante*.”³⁰

Nesse panorama, explica Salo de Carvalho³¹.

A estratégia de globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas obteve êxito com a ratificação por mais de cem países, durante os anos 1960, da *Convenção Única sobre Estupefacientes*. A consolidação ocorre com a aprovação do *Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas*, em Viena (1971). Entretanto, segundo as agências centrais, sobretudo as norte-americanas, apesar dos esforços repressivos da política externa, a dimensão do problema se agravava visto a não redução dos índices de

²⁹ BRASIL, Decreto-lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

³¹ *Ibidem*, pp. 71-72.

consumo e comércio domésticos. A estratégia do Governo Nixon, com a importante ação da representação dos EUA nos grupos de trabalho sobre política de drogas na Organização das Nações Unidas (ONU) capitaneada por George Bush, foi a de conduzir a opinião pública a eleger as drogas, principalmente a heroína e a cocaína, como (novo) inimigo interno da nação. Todavia, com a popularização do consumo de heroína e a criação dos programas de metadona, forma indireta de controlar e legalizar o consumo, o inimigo interno teve de ser substituído, projetando-o ao exterior.

Nessa tentativa de transferir o inimigo para o exterior, os Estados Unidos encontraram os países produtores de entorpecentes como alvo. Apesar de não ser um produto, o Brasil, devido à “sua proximidade com Colômbia, Bolívia e Peru e sua importante posição estratégica na América Latina, sofreu forte influência dessa política externa norte-americana”³². Nesse sentido, ensina Luciana Boiteux³³ que foi incrementada a diferenciação entre dependente-usuário – representado pelo consumidor estadunidense – e o traficante-criminoso – o “inimigo externo”, representado pelo latino-americano. Incorpora-se, dessa forma, os postulados da doutrina de Segurança Nacional, da década de 80, e a adoção do modelo repressivo militarizado de combate ao tráfico, proposto pelos EUA aos países da América Latina.

Sob a doutrina de Segurança Nacional, a Lei de Tóxicos de 1976 manteve a figura do traficante como o inimigo interno a ser eliminado pelas agências de segurança nacionais. Nessa repressão, utilizou-se a lógica bélica de combate – conveniente à indústria estadunidense desenvolvida durante a Guerra Fria.

Para Nilo Batista³⁴, a Lei n.º 6.368/1976 aprimorou para o bem e para o mal, alterando o termo “combate” da antiga legislação para a expressão “combate e repressão”. Os alunos do período, ao consumir drogas, não estavam mais sujeitos ao trancamento de matrícula e os diretores, à delação. Todavia, estes tinham o dever de adotar “medidas preventivas”³⁵, sob risco de uma responsabilização penal e administrativa³⁶.

³² BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 141.

³³ *Ibidem*, p. 152.

³⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998, p. 87.

³⁵ Art. 4º Os dirigentes de estabelecimentos de ensino ou hospitalares, ou de entidade sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, adotarão, de comum acordo e sob a orientação técnica de autoridades especializadas todas as medidas necessárias à prevenção do tráfico ilícito e do uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, nos recintos ou imediações de suas atividades.

³⁶ Parágrafo único. A não observância do disposto neste artigo implicará na responsabilidade penal e administrativa dos referidos dirigentes.

Para o mal, majorou as penas do tipo básico do tráfico (art. 12), além de adicionar os verbos “remeter”, “adquirir” e “prescrever”. Este previsto de forma abstrata, já que o art. 12, §2, inciso III,³⁷ criminalizava “contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico”. Dessa forma, deu-se margem para que delegados instaurassem inquéritos policiais com base em sua subjetividade.

Para o “bem” – em relação à legislação anterior – a Lei de Tóxicos de 1976 desfez a equiparação entre o usuário e o traficante. Trazendo o consumo pessoal para um artigo à parte (art. 16), aplicando-lhe a pena privativa de liberdade (detenção de 6 meses a 2 anos e multa), só excepcionalmente executada. O tratamento dos adictos foi intensificado, impondo o tratamento obrigatório como pena. Desse modo, recuperou-se o modelo sanitário, no qual a dependência de drogas³⁸ era tratada como um tipo de doença mental, tornando o usuário inimputável. O “semi-dependente”³⁹, por sua vez, teve uma redução de pena.

No que se refere ao pequeno comerciante, devido à inexistência de tipo autônomo ou de especificação dessa modalidade de comércio de entorpecentes, utilizava-se da elástica previsão de penas prevista (de 3 a 15 anos) para o seu enquadramento. No entanto, “a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas”⁴⁰. Isso, pois, a população-alvo do controle penal resumia-se à população pobre. Nesse quadro, a ausência de critério objetivo para distinguir os tipos dos arts. 12 e 16 – tráfico em menor quantidade e consumo - somado à seletividade penal⁴¹,

³⁷ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

(...)§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

(...)III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

³⁸ Art. 19. É isento de pena o agente que em razão da dependência, ou sob o feito de substância, entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³⁹ Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia: Freitas Bastos, 1998, p. 106.

acarretariam na confusão e na punição exacerbada do usuário pobre. Sobre tal problema, alerta Salo de Carvalho⁴².

A conclusão a que se pode chegar, após visualizar o tratamento penal dos comerciantes varejistas e dos usuários de substâncias ilícitas na Lei 6.368/76, é a da necessidade de criação de rede de controle na qual o direito penal atue com rigor mesmo em casos de hiatos de punibilidade (criminalização do uso) ou de baixa danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade).

Empecilho que se verifica ainda hoje, sob o exercício da Lei n.º 11.343/2006, conforme dados das pesquisas coordenadas por Luciana Boiteux⁴³, no Rio de Janeiro, e Maria Gorete Marques de Jesus⁴⁴, em São Paulo. Após urgente ponderação, prossegue-se com a abordagem histórica.

A Lei de Tóxicos de 1976, três meses depois de editada, foi regulamentada pelo decreto n.º 78.992/1976⁴⁵. Neste, vedou-se as amostras grátis (art 13), assim como qualquer “texto, cartaz, representação, curso, seminário ou conferência” sobre os entorpecentes sem prévia autorização (art. 8). Outrossim, recomendava a fiscalização rigorosa sobre espetáculos públicos pelas “autoridades de censura” (art. 9). Esses dispositivos não foram recepcionados, entretanto, pela Constituição da República de 1988⁴⁶, objeto do próximo subcapítulo.

1.4 A Constituição de 1988 e a legislação anterior à atual Lei de Drogas

Após a sua promulgação, estabeleceu-se na atual Constituição a determinação do crime de tráfico de drogas ser inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). Essa previsão foi paradoxalmente inserida no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) – espaço historicamente

⁴² CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 82-83.

⁴³ BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set., 2009

⁴⁴ JESUS, Maria Gorete Marques, OI, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeu. Da. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011.

⁴⁵ BRASIL, Decreto n.º 78.992, de 21 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78992.htm>.

⁴⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...)§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

reservado ao limite do poder punitivo do Estado. Além do mais, equiparou-se o crime de tráfico aos delitos hediondos – que foi regulamentado posteriormente pela Lei n.º 8.072/1990.

Influenciado pelos EUA, é incorporado, nesse período, o movimento de “lei e ordem”, de caráter moralista, passional, populista e repressivo, ao ordenamento jurídico nacional. Essa nova tendência influenciou a imatura democracia brasileira na elaboração da sua legislação penal, sendo, portanto, a ideologia fundamental no controle das drogas a partir da década de 1990.

Nessa importação, esclarece Luciana Boiteux⁴⁷.

Com nova roupagem, a velha “ideologia da segurança nacional” tornou-se “ideologia da segurança urbana”, com a importação pelo Brasil do modelo norteamericano de controle do crime, que prega o reforço do controle social sobre as classes mais baixas mediante o aumento do número de presos. A consequência da implementação desse modelo no país foi, claramente, a potencialização dos graves problemas do sistema penitenciário brasileiro, sem que se tivesse conseguido resolver o problema da criminalidade, uma vez que foram ignoradas as raízes sociais e econômicas da maioria dos crimes registrados no Brasil.

Diante desse cenário, em contrapartida, a Constituição determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim’s) – posteriormente regulamentados pela Lei n.º 9.099/1995. Assim, surgiram novos institutos despenalizados, embora a sua aplicação na prática limitava-se aos delitos de menor importância.

Doravante, inaugurava-se uma nova perspectiva penal, atenta à moderna criminologia. Estipulava-se, dessa maneira, uma nova disciplina jurídico-processual para os crimes com pena de até um ano, passando-as para a competência dos JECrim’s.

Quanto ao usuário (art. 16, lei n.º 6.368/1976), aplicava-se a suspensão condicional da pena conforme o art. 77 do Código Penal. Tratava-se de um pequeno passo à frente o processo de despenalização, uma vez que a suspensão do processo não gerava reincidência e permitia a extinção da punibilidade, mediante o cumprimento dos termos condicionais. No que se referia ao dependente, incapaz de controlar o seu vício, pouco se acrescia. Ele, porquanto, caso

⁴⁷ BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 156.

aceitasse a suspensão do processo, permanecia sob controle judicial, podendo ser preso novamente e tendo seu benefício suspenso. Sobre essa questão, leciona Luciana Boiteux⁴⁸.

Daí porque, ao mesmo tempo em que a alteração legislativa reduzia o estigma da reincidência, deve ser criticada pela falta de comprometimento com a realidade dos fatos e com a harmonia do sistema. Isso sem mencionar a total ausência de uma política racional de drogas para o viciado, que incluísse a prevenção. A alteração legislativa de 1995 não foi integrada dentro de uma proposta ampla de alteração da lei de drogas, mas sim veio de repente e atingiu por acaso o delito de uso, apenas em virtude da escala penal prevista em lei. Manteve-se, portanto, o controle penal sobre o usuário, apesar da aparente liberalidade.

Nessa dinâmica de despenalização do usuário, editou-se a Lei n.º 9.714/1998, alterando o art. 44 do Código penal e ampliando a aplicação de medidas penais alternativas aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. A limitação do alcance dessa lei, quanto aos entorpecentes, foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, mediante decisão do ministro Cezar Peluso⁴⁹.

Dessa forma, apesar dessa tendência, a política de drogas da década de 1990 estabeleceu uma nítida dicotomia entre os traficantes e os usuários. No entanto, por não haver uma distinção objetiva entre o usuário e o pequeno traficante, percebeu-se um tratamento diferente entre as classes sociais. Nesse sentido, leciona Luciana Boiteux⁵⁰.

A legislação de drogas brasileira acabou por reforçar o grande fosso existente entre as camadas mais altas e mais baixas da população. Para os traficantes, mesmo os de pequeno porte ou viciados, pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, de no mínimo três anos, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Aos usuários de drogas sem antecedentes, não-viciados, que possuem condições de comprar droga sem traficar, a despenalização.

Após importante análise, dá-se sequência à linha história de abordagem. Destarte, ressalta-se a edição da Lei n.º 10.259/2001, responsável por aproximar-se da despenalização do usuário, mesmo que estabelecendo a instituição dos JECrim's. Ratificou-se, aqui, a despenalização do usuário, posto que foi ampliado o rol de delitos sujeitos à sua jurisdição,

⁴⁸ Ibidem, p. 159.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.928-MG, em 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2248711>>.

⁵⁰ BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 163.

respeitando-se a pena máxima de dois anos. Logo, após interpretação jurisprudencial, mudou-se a situação do consumidor de entorpecentes. Sobre isso, menciona Luciana Boiteux⁵¹.

A Lei n. 10.259/01 não previa a alteração do procedimento do delito de uso e porte de entorpecentes, pois visava apenas à simplificação do procedimento dos crimes federais de pequeno potencial ofensivo, com penas superiores às previstas originalmente pela Lei n. 9.099/95. Porém, a jurisprudência ampliou-lhe o alcance, estendendo sua aplicação a qualquer crime, mesmo fora da alçada federal

Adiante, no contexto da política de redução de danos nesse período⁵², entrou em vigor a Lei n.º 10.409/2002⁵³, alterando parte da Lei de Tóxicos de 1976. Desse modo inédito, previu-se no art. 12, §2º dessa lei, a regulamentação das ações que visem à redução de danos sociais e à saúde. Criticou-se, no entanto, a aprovação dessa lei, devido ao veto de relevante parte do seu conteúdo, restando um projeto incompleto.

Isso posto, analisar-se-á, na próxima seção, a atual Lei de Drogas, objeto principal desse capítulo.

1.5 A Lei n.º 11.343/2006

A Lei n.º 11.343/2006, por sua vez, não produziu nenhuma novidade substancialmente tendo em vista as diretrizes proibicionistas sugeridas pelas convenções internacionais da qual o Brasil é signatário.

Nesse panorama, elucida Luciana Boiteux⁵⁴.

O final do século 20 marca um momento em que o proibicionismo, apesar de questionado por seu fracasso, ainda se mantém forte graças à postura norte-americana, que continua defendendo sua estratégia punitiva extremada nos fóruns internacionais, e evitando políticas de redução de danos. Por outro lado, o continente europeu vem se destacando na implementação de estratégias alternativas ao proibicionismo, como as de redução de danos, e leis que prevêm desde a despenalização da posse e do uso, encontrada na ampla maioria dos países europeus, passando pela descriminalização levada a cabo por Portugal, Itália e Espanha, até a experiência holandesa que despenalizou, além da posse de drogas, o cultivo e o pequeno comércio

⁵¹ Ibidem, p. 175.

⁵² Ibidem, p. 164.

⁵³ BRASIL, Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>.

⁵⁴ BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 8-9, out., 2006.

de *cannabis*. Estas últimas em especial são estratégias de política criminal a serem estudadas, pois representam uma oposição, ainda que moderada, ao proibicionismo.

Quanto ao consumo, a atual Lei de Drogas seguiu a linha de “despenalização” (quanto às penas de prevenção de liberdade) do usuário, sujeitando-o às sanções do seu art. 28⁵⁵. Além disso, equiparou-se à posse para uso próprio a conduta do *grower*, isto é, o cultivo para próprio consumo (art. 28, §1º). Além disso, reduziu-se a pena para hipótese de consumo compartilhado de entorpecentes (Art. 33, §3º), antes equiparada ao tráfico.

Desse modo, o usuário segue criminalizado. Isto é, não houve nenhuma mudança significativa, posto que já se enquadrava esse tipo em crimes de menor potencial ofensivo, aplicando as penas não privativas de liberdade. Assim, ensina Maria Lúcia Karam⁵⁶.

Assim, ao contrário do que muitos querem fazer crer, a nova Lei nº 11.343/06 não traz nenhum avanço nesse campo do consumo. Uma lei que repete violações a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma lei que assim suprime direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista “política do possível”.

Não obstante o afastamento das penas privativas de liberdade, o usuário segue refém do discurso psiquiátrico-sanitarista, sendo submetido às medidas educacionais previstas no art. 28 da Lei de Drogas. Isto é, o consumidor de entorpecentes continua sob constante controle do Estado, tendo os seus direitos constitucionais à privacidade e à intimidade violados. Nessa linha, leciona Salo de Carvalho⁵⁷.

Em relação ao porte para consumo pessoal, distante dos processos de descriminalização sustentados por políticas de redução de danos ocorridos em inúmeros países europeus nos últimos anos, têm-se a manutenção de sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas (medidas educacionais). Ofuscadas pelo sentido terapêutico, as medidas propostas enclausuram usuários e dependentes no discurso psiquiátrico-sanitarista, possibilitando diagnosticar que a pretensa suavização do tratamento penal ao usuário opera como inversão ideológica dos programas de redução de danos, ou seja, apesar de estabelecer formalmente a impossibilidade de

⁵⁵ 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.

⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. A lei nº 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, out., 2006.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 120.

aplicação de pena carcerária aos sujeitos envolvidos com drogas – situação consolidada na realidade jurídica nacional desde a inclusão do porte para uso pessoal na categoria de delito de menor potencial ofensivo –, conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis.

Intensificando a dicotomia entre traficante e usuário, ainda, a Lei n.º 11.343/2006 aumentou a pena mínima do tráfico para cinco anos. Dessa forma, diferenciou-se nitidamente o tratamento dado ao usuário e o traficante. Para piorar, não foram estabelecidos critérios objetivos de distinção entre eles, ficando tal análise suscetível à interpretação do magistrado. Na prática, percebe-se hoje uma seletividade do sistema penal, atingindo principalmente jovens de classe pobre. Nesse contexto, alerta a pesquisa coordenada por Luciana Boiteux⁵⁸.

Conforme confirmado na análise qualitativa de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância também comprova essa tese.

(...)

Nesse sentido, a seletividade do sistema penal foi confirmada na pesquisa, atuando a política de drogas atual como legitimadora do tradicional modelo criminalizador da pobreza no Brasil.

Sob esse aspecto, o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas.

Reforçando-se esse desequilíbrio na atual política de repressão às drogas, destaca-se a história de um usuário⁵⁹ sentenciado à pena privativa de liberdade, por ter sido enquadrado como traficante. O cidadão, descarregador de peixe na cidade portuária de Angra dos Reis, foi preso aos 23 anos, enquadrado no art. 33 da Lei de Drogas. Segundo seu relato, sempre foi consumidor, começando a fumar *cannabis* aos 15 anos, por curiosidade e incentivo dos amigos. Tornou a prática um hábito. Em setembro de 2009, no entanto, foi apreendido com 25,96g de maconha, sendo condenado posteriormente a seis anos de reclusão. Apesar da apelação, manteve-se a sentença na Câmara Criminal. No final do cumprimento da pena, porém, teve a

⁵⁸ BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set., 2009, p. 22.

⁵⁹ BOITEUX, Luciana e PÁDUA, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil*. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br>>.

sua conduta desclassificada para a posse de drogas para consumo pessoal (art. 28), mediante embargos infringentes. Tal história foi divulgada também por um documentário⁶⁰ na internet.

Diante desse caso, nota-se, portanto, a necessidade na distinção objetiva entre o traficante e o usuário. Fragilidade técnica que não encontrou, ainda, solução em nossa legislação de drogas.

Pelo contrário, a legislação referente às drogas no Brasil é influenciada diretamente pela geopolítica mundial, mediante tratados e convenções. Destarte, quanto à história brasileira de combate aos entorpecentes, conclui Salo de Carvalho⁶¹.

Percebe-se, portanto, que os crimes relativos aos entorpecentes, notadamente o comércio ilegal e o porte para uso próprio, oscilam entre o máximo e o mínimo da resposta punitiva. O movimento criminalizador pendular, porém, em casos relevantes e muito comuns no cotidiano forense, é definido por circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e de difícil comprovabilidade, motivo pelo qual é fundamental estabelecer rígidos critérios de definição.

A partir desse contexto histórico, com o intuito de verificar se o art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, analisa-se no próximo capítulo o Recurso Extraordinário n.º 635.659.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.druglawreform.info/en/publications/the-human-face>>.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 272.

CAPÍTULO II - O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659

2.1 O contexto

Em 21 de julho de 2009, durante procedimento praxe de inspeção, foi encontrado, no interior da cela de Francisco Benedito de Souza, um invólucro de maconha.

Nesse cenário, o acusado foi denunciado pela conduta prevista no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, qual seja, porte de drogas para consumo pessoal. Em sua defesa, foi representado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Após a instrução criminal e apresentação das alegações finais, foi proferida sentença condenando o recorrente à pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, o acusado interpôs recurso de apelação perante o Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema – SP. Nesse, requereu a reforma da sentença de primeiro grau, com o reconhecimento da violação aos direitos constitucionais à intimidade e à privacidade. Como resultado, proferiu-se acórdão negando provimento ao recurso, ressaltando que a conduta do acusado não é atípica e traz um potencial mal à coletividade.

Diante desse acórdão, foi interposto, pela Defensoria Pública, Recurso Extraordinário diante do Supremo Tribunal Federal, explicitando a ofensa aos princípios da intimidade e da vida privada, previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal e, por conseguinte, violação ao princípio da lesividade.

Além disso, pleiteou a reforma do acórdão prolatado, com o intuito de absolver o réu por atipicidade da conduta, bem como requereu a declaração da inconstitucionalidade, de forma incidental, do art. 28, *caput*, da Lei de Drogas.

Autuou-se o requerimento como Recurso Extraordinário n.º 635.659 – objeto do presente capítulo. Atualmente, o processo segue suspenso, sob pedido de vista dos autos pelos julgadores.

As razões para tais pedidos, a análise da repercussão geral e os votos, até então proferidos por esse recurso, serão suscitados nos próximos subcapítulos.

2.2 As razões do recurso

Anteriormente à interposição do recurso-objeto do presente estudo (RE n.º 635.659), debateu-se no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 430.105⁶², sobre a punibilidade do fato previsto pelo art. 28 da Lei de Drogas.

À época, discutia-se se a supressão da pena privativa de liberdade na Lei n.º 11.343/2006, no que se refere ao porte de drogas para consumo pessoal, desfiguraria a natureza penal dessa conduta. Por fim, decidiu-se que a Lei de Drogas não implicou em *abolitio criminis* – extinção prevista pelo art. 107 do Código Penal, permanecendo o usuário de entorpecentes criminalizado.

No Recurso Extraordinário n.º 635.659, por sua vez, indaga-se sobre a sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Assim, não se ampara o recurso nas medidas previstas pelo art. 28 da lei em debate, mas sim na vedação constitucional de criminalização de condutas restritas à esfera privada do agente criminalizado.

Nesse panorama, destaca-se que, dentre os direitos individuais trazidos pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, nota-se a existência dos princípios da intimidade e da privacidade, especificamente expostos no inciso X do referido artigo.

Somado a isso, tem-se o princípio da supremacia constitucional, estabelecendo que todo o ordenamento jurídico deve respeito ao disposto na Magna Carta. Dessa forma, portanto, deve o Direito Penal respeitar os ditames constitucionais.

Desse modo, o legislador ordinário, ao incriminar o porte de drogas para consumo pessoal estaria ferindo preceitos constitucionais que amparam o seu exercício. Além disso, violar-se-ia, ainda, o princípio da lesividade, tendo em vista o elucidado pelo Capítulo II deste trabalho.

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário n.º 430.105. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2228314>>.

Nessa linha, citou-se a recente decisão da Corte Argentina, que declarou recentemente inconstitucional a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que não poderia o Estado intervir no âmbito privado dos cidadãos. Posição essa que ratificou entendimento manifestado em 1994.

Destarte, o Recurso Extraordinário interposto em defesa de Francisco buscou demonstrar a violação aos princípios da intimidade e da privacidade. Além de, por fim, alegar a violação ao princípio da lesividade.

2.3 A repercussão geral

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário em questão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 08 de dezembro de 2011, a sua repercussão geral.

Conforme arguição da Defensoria Pública, garantiria a Lei Maior o direito de portar drogas para uso próprio, através dos princípios à privacidade e à intimidade. Nesse sentido, descaberia a criminalização prevista pelo art. 28. Ainda, argumenta inexistir qualquer bem jurídico tutelado na proibição de porte para consumo pessoal.

Quanto à repercussão geral, mencionou-se que o tema ultrapassaria os interesses subjetivos das partes. Assim, pois, possuiria relevante interesse social, uma vez que a criminalização do consumo de drogas afeta milhares de usuários que se encontrariam em situação idêntica.

Nessa linha, entendeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, admitindo o seu reconhecimento.

Tratou-se, portanto, de discussão que alcança grande número de interessados, tornando-se, clara, a manifestação do Pretório Excelso para que o porte de drogas para consumo pessoal tenha a discussão sobre a sua aplicabilidade, ou não, pacificada. Revelou-se, então, manifesta relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos da causa.

Desse modo, o julgado deixou de ter eficácia *inter partes*, produzindo, assim, efeitos *erga omnes*. Assim sendo, com o fim do julgamento, ter-se-á uma alteração na interpretação, por

todo o judiciário nacional, da previsão do art. 28 da Lei de Drogas. Por isso, merece atenção os votos até então proferidos, para que se tenha uma concepção do que esperar, conforme o próximo subcapítulo expõe.

Reconhecida a repercussão geral, o Relator afirmou que se trata de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, necessitando da manifestação da Suprema Corte para a pacificação da matéria.

Considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia, admitiu-se a participação⁶³ de pessoas jurídicas e de entidades especializadas para colaborar com o aprofundamento do debate, objetivando o respeito das garantias constitucionais na aplicação do direito penal brasileiro.

2.4 O parecer do Ministério Público Federal

A Procuradoria Geral da República, consoante a sua competência explícita no art. 178, I, do CPC⁶⁴, emitiu parecer contrário ao provimento do recurso.

Segundo ela⁶⁵, no caso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte de droga ilícita, independentemente do uso ou da quantidade encontrada. Além disso, citou que a conduta do usuário contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social. Logo, o uso de drogas afetaria não somente o usuário particularmente, mas sim toda a sociedade. Percebe-se, nessa posição, a prevalência do modelo sanitário no que se refere às drogas. Trata o usuário, pois, como um indivíduo sem vontade própria, à mercê do vilão (traficante), causador de todo o mal oriundo da proibição das drogas.

⁶³ No Recurso Extraordinário n.º 635.659, participam como *amicus curiae* a Instituição Viva Rio, a Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia – CBDD, a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, a Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, a Pastoral Carcerária, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL BRASIL, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, a Associação Brasileira de Estudos do Alcool e outras Drogas – ABEAD, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, a Central de Articulação das Entidades de Saúde – CADES, a Federação de Amor Exigente – FEAE, a Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil, o espaço de convivência e redução de danos para usuários de *cannabis* “growroom.net” e o Conselho Federal de Psicologia.

⁶⁴ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 635.659, protocolado em 22 jan. 2011, p. 172.

Como embasamento, o Ministério Público Federal se utilizou dos ensinamentos de Vicente Greco Filho⁶⁶, como se vê.

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo (a droga) para uso próprio, é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.

Outrossim, ressaltou que a Lei de Drogas aboliu a pena de prisão ao usuário portador de drogas para consumo pessoal. No entanto, reconheceu a necessidade de implantação de uma política criminal baseada nas tendências internacionais modernas. Fornecendo ao usuário um tratamento preventivo terapêutico, conforme o caso concreto, minimizando a intervenção do direito penal. Para isso, optou por manter como crime a posse de entorpecentes para consumo. Dessa forma, não se poderia falar em inconstitucionalidade da previsão do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006.

2.5 A análise dos votos até então proferidos

Antes de ponderar especificamente os votos de cada ministro, ressalta-se o momento em que se encontra o recurso estudado.

O julgamento foi suspenso, permanecendo assim até a execução deste trabalho. Até agora, tem-se os votos dos ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin. Além do mais, analisar-se-á neste subcapítulo as anotações para o voto do ministro Luís Roberto Barroso.

Por fim, distinguir-se-á a divergência entre os votos até então prolatados.

2.5.1 Ministro Gilmar Mendes

Previamente, em seu voto, o ministro Gilmar Mendes explicitou os parâmetros e limites para o controle de constitucionalidade de normas penais. Para isso, lançou mão à jurisprudência

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção - Repressão*. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 113.

alemã, embasando o controle realizado pela Suprema Corte, ao passo que examina a proporcionalidade aplicada pelo legislador brasileiro ao criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal.

Discorreu, em seguida, sobre os crimes de perigo abstrato. Isso, pois, o principal argumento em favor da criminalização de condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas se embasa no dano potencial que essas condutas propagam na sociedade, ameaçando a saúde e segurança públicas. Sobre tal crime, ensina Gilmar Mendes⁶⁷.

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico.

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental.

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer.

Ressaltou a utilidade na tipificação de condutas que geram perigo abstrato, como na proteção de bens de caráter difuso ou coletivo – meio ambiente, saúde pública, entre outros. Entretanto, alertou sobre os perigos diante de um uso desproporcional dessa previsão, do seguinte modo⁶⁸.

Por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade.

Assim, empregando a previsão de crimes de perigo abstrato, corre-se o risco de violar o princípio da lesividade. Situação tal possivelmente percebida na criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Ao descriminalizar a posse de drogas para consumo pessoal, aplica-se a prática de políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, reduzindo as consequências sociais

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 12.

⁶⁸ Ibidem, p. 13.

negativas do uso de entorpecentes - lícitos ou ilícitos. Desse modo, retira-se a jurisdição do direito penal e passa o problema para o a tutela da saúde pública, diferentemente de simplesmente legalizar – como feito recentemente no Uruguai e em alguns estados estadunidenses.

Isso posto, o Ministro examinou a adequação do art. 28, da Lei de Drogas, quanto ao controle de evidência e de justificabilidade. Porquanto, na aferição de constitucionalidade de uma norma restritiva de direitos fundamentais, examina-se se as medidas adotadas pelo legislador efetivam a proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a edição da norma foi realizada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento acessíveis (controle de justificabilidade).

Quanto ao controle de evidência, primeiramente, apesar dos fins almejados pelo sistema nacional de políticas sobre drogas (SISNAD), o que se vê na prática paradoxalmente, com a previsão da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, é a estigmatização do usuário. Situação evidenciada pelos estudos coordenados por Luciana Boiteux⁶⁹, na UFRJ, e por Maria Gorete Marques Jesus⁷⁰, na USP.

Demonstra a pesquisa efetuada na UFRJ que a abordagem revela um padrão, isto é, atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e determinada quantia em dinheiro. A partir daí, o direito penal é impulsionado pelo relato do policial, uma vez que é, normalmente, a única prova contra o acusado. Dessa maneira, conclui o estudo⁷¹.

Conforme confirmado na análise qualitativa de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância também comprova essa tese.

(...)

⁶⁹ BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set., 2009.

⁷⁰ JESUS, Maria Gorete Marques, OI, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeu. Da. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011.

⁷¹ BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set., 2009, pp. 22-23.

Nesse sentido, a seletividade do sistema penal foi confirmada na pesquisa, atuando a política de drogas atual como legitimadora do tradicional modelo criminalizador da pobreza no Brasil.

Sob esse aspecto, o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes.

De modo similar, o estudo realizado na USP demonstrou que os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, geralmente em via pública e patrulhamento de rotina. Igualmente, a prova se limita ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão. Além disso, a média de droga apreendida foi de 66,5 gramas, portadas, normalmente, por jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Destarte, alerta o diagnóstico⁷².

Apesar da nova lei não dispor sobre o modo de atuação das policiais no combate ao tráfico de drogas, a questão que se coloca diz respeito à eficiência, eficácia, os custos e as consequências desse modelo posto em prática. Esta estratégia de combate, expressa de forma ambígua no sentimento colocado por grande parte dos profissionais entrevistados - “enxugar gelo, mas necessária” -, além de ter se mostrado ineficiente, pois, “após apreendidos, os jovens são logo substituídos por um exército de reserva”, produz apenas o aumento da massa carcerária, aprofundando a crise do já fracassado sistema carcerário.

Nesse contexto, conclui Gilmar Mendes⁷³ ser inevitável a conclusão de que há incongruência entre a criminalização do consumo pessoal e os objetivos expressos pelo legislador quanto aos usuários e dependentes. O art. 28 da Lei de Drogas, portanto, mostra-se inadequado, potencializado pela ausência de critério objetivo de distinção entre traficantes e usuários, violando, dessa forma, o princípio da proporcionalidade.

No que se refere ao controle de justificabilidade da medida adotada pelo legislador, por sua vez, nota-se que “não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas”⁷⁴.

⁷² Ibidem, p. 123.

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 21.

⁷⁴ Ibidem, p. 21.

Pelo contrário, em levantamento⁷⁵ realizado em 2012 em 20 países que adotaram modelos menos rígidos quanto à posse de drogas para uso pessoal, por despenalização ou descriminalização, concluiu-se que não houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de entorpecentes. Identicamente, pesquisa⁷⁶ publicada pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência (EMCDD), tem demonstrado que a prevalência do consumo de drogas decorre de um conjunto muito mais amplo de fatores, dentre os quais a criminalização tem pouca influência.

Apesar dos estudos serem recentes, afirma Gilmar Mendes⁷⁷ que, no período de edição do Projeto de Lei 7.134, transformado na atual Lei de Drogas, não havia sustentabilidade para a incriminação com razoável margem de segurança. Diante da exposição das justificativas⁷⁸ agregadas do referido Projeto de Lei, deduz o Ministro⁷⁹.

Como se percebe, não há, na justificativa do Projeto de Lei, nenhuma referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar. Pelo contrário, o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, “*uma pessoa com vulnerabilidade*”, merecendo, “*para si e para a sua família, atenção à saúde e oportunidade de inserção ou reinserção social*”, evidencia nítida contrariedade entre meios e fins.

Diante dessa análise, depreendeu que a criminalização prevista no art 28 da Lei de Drogas mostrasse em manifesta dissonância com o princípio da proporcionalidade.

Posteriormente, examinou a necessidade da norma impugnada, verificando se a medida legislativa interventiva dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade mostra-se necessária para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes, no âmbito constitucional.

⁷⁵ ROSMARIN, A. & EASTWOOD, N, *A quiet revolution: drug decriminalization policies in practice across the globe*. Release Drugs: London, 2012. APUD SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 22.

⁷⁶ EMCCDA, *Annual Report on the state of the drugs problem in Europe*, 2011. APUD SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 22.

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 22.

⁷⁸ Ibidem, pp. 22-23.

⁷⁹ Ibidem, pp. 24-25.

Portanto, no tocante ao consumo pessoal de entorpecentes, tem-se, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro, o direito à privacidade e à intimidade, manifestações da autodeterminação.

Quanto à saúde pública, segundo Gilmar Mendes⁸⁰, fica claro que esse bem jurídico e a noção de segurança pública apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas relacionadas à posse de drogas para consumo pessoal.

Do outro lado da balança, analisou o desenvolvimento da personalidade e autodeterminação. Na Constituição⁸¹ de 1988, consagram-se a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Extraem-se deles o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. Nesse contexto, o Relator⁸² destaca que a proteção do indivíduo contra interferências indevidas do Estado pode ser proporcionada com a invocação do princípio da liberdade geral – pelo qual se impede restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional – assim como pelo respeito ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana – que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo.

Nessa perspectiva, podendo a prevenção do uso indevido de drogas ser alcançada com maior eficácia mediante medidas administrativas, a criminalização do art. 28 da Lei de Drogas se mostra excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Como resultado, concluiu o Ministro⁸³.

Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.

⁸⁰ Ibidem, p. 35.

⁸¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)III - **a dignidade da pessoa humana;**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis **a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 36.

⁸³ Ibidem, pp.39-40.

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.

Como alternativas à criminalização, citou exemplos internacionais de descriminalização, como em Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha, República Tcheca entre outros. A respeito de Portugal, exemplificou Gilmar Mendes⁸⁴ com os bons resultados⁸⁵ obtidos após a descriminalização do uso.

Outrossim, evidenciou sobre os critérios de distinção entre usuários e traficantes e a sua aplicação em alguns países. Para o Brasil, registrou as diretivas da Lei de Drogas com o intuito de estabelecer essa distinção. Sobre isso, ponderam Marcelo Campos e Rodolfo Valente⁸⁶.

E, de fato, há meios alternativos à criminalização que são completamente adequados aos fins propostos. A própria Lei 11.343 traz profícuas diretrizes que, antagonicamente, são tolhidas pela política repressiva na medida em que expressam política de “*redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas*” (art. 20). Todas as diretrizes são encadeadas em articulação necessária com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social e norteadas pelo “*fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas*” (art. 19, III).

Entretanto, apesar de ser regulamentada pela Portaria 1.028/2005 do Ministério da Saúde, a política de redução de danos segue desprestigiada e sem efetividade diante do óbice representado pela primazia da tutela penal.

Evidencia-se, desse modo, que não apenas há outras medidas aptas a promover os fins propostos sem atingir direitos fundamentais, como também que a própria criminalização do consumo impede a implementação dessas medidas.

⁸⁴ Ibidem, p. 41.

⁸⁵ Em entrevista ao Diário de Notícias de Portugal, edição de 25.4.2011, o presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT), João Goulão, faz um balanço "muito positivo" da lei em vigor desde 1 de Julho de 2001, dez anos, portanto, após a descriminalização do consumo de drogas naquele país.

Afirmou ele, verbis: "Hoje temos 40 mil toxicodependentes em tratamento, em todo o País. É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nesta área, há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem davam o seu nome completo aos técnicos."

Aduz que dos doentes em tratamento, cerca de 10% são usuários de 'cannabis', vulgarmente conhecida por "erva". E complementa: "Antes da descriminalização do consumo não tínhamos consumidores de 'cannabis' em tratamento. Agora, quando confrontados pelos técnicos das comissões, acabam por perceber que fumar 'cannabis' tem consequências para a saúde e aceitam o tratamento."

Em 10 anos, afirma que se verificou, também, uma "descida do consumo de substâncias ilícitas nos jovens com idades entre os 15 e os 19 anos" Além disso, esclarece que "na última década o principal grupo de infectados com o vírus VIH/sida deixou de ser o dos toxicodependentes para passar a ser o dos heterossexuais e dos homossexuais".

⁸⁶ CAMPOS Marcelo da Silveira; VALENTE Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 239A, out., 2012.

Nessa linha, em 2014, foram catalogadas práticas integrativas na aplicação do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Práticas sintetizadas em pesquisa⁸⁷ realizada em trabalho conjunto pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça junto com a Faculdade de Medicina e a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e apoio do Conselho Nacional de Justiça. Projeto que se desenvolveu com a realização de encontros científicos no país, envolvendo juízes, promotores, defensores públicos, advogados e operadores do sistema de justiça em geral, bem como profissionais inseridos na área de saúde e assistência social no que se refere às drogas. Essa publicação trouxe, dentre várias, uma experiência realizada em Curitiba, na qual verificava-se o expressivo retorno de usuários ao sistema penal, após o cumprimento da medida aplicada. Além disso, o jovem (18 a 24 anos), que entrava no sistema penal como usuário, recebia do Poder Judiciário medidas ou penas sem qualquer efetividade, baseadas no amedrontamento, e retornava ao sistema penal pela prática de outras infrações. Entre estas, cometidos como meio de obtenção da droga. Após a aplicação das medidas, no entanto, reduziu-se as condutas infracionais repetitivas e a estabilização da reincidência em percentuais menores do que encontrados anteriormente à iniciativa. Sobre esta, constata o relatório⁸⁸.

Os fatores de sucessos são muitos, a começar pela percepção de que é possível fazer a diferença. A valorização do ser humano em suas potencialidades favorece a construção de novos caminhos para a sua história. Há que se considerar, ainda, que esse tipo de abordagem pode potencializar a prevenção, realizada sob os auspícios do Poder Judiciário e do Ministério Público. Para essa atuação do sistema jurídico, é essencial que esteja integrada com equipe de profissionais das áreas de Psicologia, Serviço Social, Medicina, Pedagogia, entre outras, nos Juizados Especiais Criminais.

Essa abordagem demonstra maior eficácia com medidas direcionadas ao contexto psicossocial dos usuários de drogas e a instituição adequada para cumprimento da medida estabelecida em juízo. Como obstáculo, essas experiências esbarram na criminalização das condutas dos usuários, previstas pelo art. 28 da Lei de Drogas. Como observado no estudo, o usuário⁸⁹ “é estigmatizado pela falta de informação e postura moralista da população em geral, que o vê como uma pessoa de mau caráter, má vontade, um criminoso, fracassado ou autodestrutivo.”

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 46

⁸⁸ Ibidem, p. 47.

⁸⁹ Ibidem, p. 49.

Diante disso, depreende o Relator⁹⁰.

Diante da análise aqui procedida, é possível assentar que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade.

Nesse contexto, resta evidenciada, também sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade da norma impugnada, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Nesse quadro -posto que as políticas de redução de danos e de prevenção de riscos conferem ponderável grau de legitimidade a medidas restritivas de natureza não penal – viabilizou-se, até o aprimoramento da legislação, a adoção de medidas previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, sem qualquer efeito de natureza penal para Francisco Benedito de Souza.

Quanto ao procedimento penal (art. 48, §§1º e 2º)⁹¹, interpretou que o autor do fato previsto no art. 28, em interpretação análoga, seria apenas notificado a comparecer em juízo. Por dependência lógica, no que se refere ao art. 50⁹², *caput*, da mesma lei, entendeu que na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve ser imediatamente apresentando ao magistrado, como condição de validade para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Nesse caso, justifica o Ministro⁹³.

Remanesce, contudo, a possibilidade de prisão pela posse, na forma do art. 50, *caput*, do mesmo diploma legal, quando o policial entender que a conduta se qualifica como tráfico, nos termos do art. 33 da referida Lei. Diante dessa possibilidade, ou seja, quando o policial entender que não se trata de posse para uso pessoal, passível de simples notificação, nos termos do art. 48, §2º, e realizar a prisão em flagrante, temos que a imediata apresentação do preso ao juiz conferiria maior segurança na distinção entre traficante e usuário, até que se concebam, em normas específicas, o que se seria recomendável, critérios revestidos de maior objetividade.

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 49.

⁹¹ Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

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

⁹² Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 51.

Em busca dessa objetividade, durante o processo penal, seria ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo não era o consumo pessoal, sendo tal circunstância alvo de escrutínio pelo juiz - somente não seria necessário, se os indícios apontarem para o tráfico de forma inequívoca.

Por fim, o Relator declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, afastando a previsão de porte de drogas para consumo pessoal de qualquer efeito de natureza penal. No entanto, manteve as medidas previstas sendo aplicadas, até edição de legislação específica, com natureza administrativa. Desse modo, apesar de rechaçar a tutela do nefasto direito penal, preservou o controle estatal sobre o usuário de entorpecentes.

Desse modo, mediante determinações⁹⁴ ao Conselho Nacional de Justiça., estipulou para o Poder Judiciário nacional o tratamento administrativo das medidas educacionais previstas no art. 28. Além disso, ressaltou a necessidade em promover projetos e campanhas objetivando esclarecer e auxiliar os usuários de entorpecentes, corroborando com a tendência mundial na política de prevenção e redução de danos.

Destarte, absolveu em seu voto Francisco Benedito de Souza por atipicidade da conduta.

2.5.2 Ministro Edson Fachin

O ministro Edson Fachin, por sua vez, demonstrou um posicionamento menos progressista quanto à questão. Isso, pois, declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de

⁹⁴ a) Diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar;

b) Articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

c) Regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com o respectivo monitoramento;

d) Apresentar a esta Corte, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação.

Drogas somente à maconha, droga em pauta no caso de Francisco. Ressaltou o limite de atuação da Corte para adoção dessa metodologia, *in verbis*⁹⁵.

Não obstante, quando se está diante de um tema de natureza penal, é prudente judiciosa autocontenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente. Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

Em seguida, expôs um posicionamento médico-sanitário-jurídico quanto ao tema, uma vez que, quanto ao usuário, “sempre conviver-se-á com o indelével gravame de vê-lo enredado no tecido criminoso de distribuição de droga. A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante”⁹⁶. Nessa perspectiva, reforçando o modelo sanitarista, citou que o consumo de drogas pode provocar sérios transtornos e danos físicos e psíquicos ao adicto, até mesmo a morte, além de estimular outros danos potenciais, como o cometimento de crimes para manutenção do vício.

Isso posto, quanto aos direitos constitucionais, interpretação que a autodeterminação individual engloba uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, com exceção da ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio – bem jurídico saúde pública, por exemplo. No âmbito do Direito Penal, ensinam Zaffaroni e Pierangeli⁹⁷.

(...) todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.
O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 2.

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 2.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Nesse contexto, explicitou o limite da análise da dignidade da pessoa humana – em sua matriz kantiana e republicana – quanto ao controle constitucional do Direito Penal. Isto é, impede-se, assim, que a tutela penal atue conforme a introjeção de valores morais individuais de condutas determinadas ou mediante a criminalização de comportamentos considerados não lesivos a terceiros.

Quanto à criminalização da posse de drogas para consumo pessoal, nesse panorama, há ao menos dois grupos de colisão entre fundamentações – confrontam-se a técnica de incriminação por meio de “crimes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade; assim como se atritam uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada. Concluindo-se, então, que o legislador criminalizou a posse de drogas ilícitas embasado por uma atitude político-criminal, uma vez que foi incriminado o consumo pessoal com base nos crimes de perigo abstrato, protegendo-se o bem jurídico saúde pública. Opção político criminal, a título de exemplo, que explica o tratamento diferenciado a substâncias como álcool e tabaco. Nessa situação, afirma Edson Fachin⁹⁸.

Por isso, o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal. Entre as opções indicadas pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, há uma modalidade de controle de constitucionalidade de norma penal que tem especial aplicação para o caso em tela. Trata-se, com efeito, do exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade. Há, nessa proposição, dois níveis de análise: o de proporcionalidade e o de ofensividade. Relativamente à proporcionalidade, embora tenha matriz constitucional, não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato.

Nesse ponto, o “cerne da legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstracto não está tanto no eventual desvio ao cânone da proporcionalidade, mas antes na concreta determinação do seu sentido (ou ausência dele) violador do princípio da ofensividade”⁹⁹. Dessa forma, avaliou-se a constitucionalidade da criminalização do art. 28, da Lei de Drogas, a partir da ofensividade ao bem jurídico protegido (saúde pública).

⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, pp. 6-7.

⁹⁹ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 637. APUD SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 7.

Dessa forma, o ponto de partida para o controle penal estaria no princípio da ofensividade. Ou seja, somente diante de um dano efetivo a um bem jurídico tutelado, poder-se-ia legitimar a coerção invadindo a esfera privada de um cidadão. Assim, avalia-se se esse controle é legítimo, a partir do princípio da proporcionalidade, que avaliará se a restrição imposta é adequada.

Especificamente quanto à coerção penal, delimita Claus Roxin¹⁰⁰ serem ilegítimas as incriminações de motivações ideológicas, autolesão, tabus, fins extrapenais e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos. Nesse sentido, quanto ao adicto, não poderia o Estado criminalizar uma conduta que só o atinge – no entanto, não deve abandoná-lo, agindo, pois, com medidas administrativas.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, por sua vez, concluiu Edson Fachin¹⁰¹.

O controle de constitucionalidade sobre a incriminação de tipos de perigo abstrato não recai, portanto, sobre a potencialidade de ofensa a um determinado bem jurídico, nem sobre a sua potencialidade concreta. Trata-se, em verdade, de se analisar se é adequada a imposição de dever do cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislador. Assim, se o homem prudente pressuposto pelo legislador corresponder ao que invocaria o Judiciário, a imposição do dever seria adequada.

Nessa linha, o “homem prudente” seria guiado pelo instituto da “dúvida razoável”, cuja formulação impõe, à acusação, o dever de cumprir o ônus da prova e, ao julgador, o reconhecimento de que a imputação deve ser procedente para além de qualquer dúvida razoável. Tal instituto do direito processual foi utilizado pelo Ministro para diferenciar os crimes de dano dos crimes de perigo abstrato, uma vez que neste a dúvida que afasta a incriminação exige que o dever de cuidado seja a melhor opção para a proteção do bem, enquanto naquele o juízo recai sobre a criação do risco a um determinado bem jurídico como obra do autor. Nesse contexto, expõe Edson Fachin¹⁰².

O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. *Es la proteccion de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: *La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratórios dogmáticos?* Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007. APUD SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, pp. 8-9.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 11.

¹⁰² *Ibidem*, p. 12.

determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a "prerrogativa de avaliação fática" do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção.

No caso em questão, interpretou o Ministro que a norma penal não atingiu essa barreira. Desse modo, ele concluiu que o adicto é vítima e não criminoso germinal. Ressaltou, no entanto, a necessidade de diferenciação entre mercados e a divisão entre as espécies de drogas.

Em sintonia com o Poder Executivo, mediante ações em âmbito federal deve o Poder Legislativo colocar em debate as causas da drogadição, que parte da produção até o consumo. A regulamentação, portanto, não cabe ao Poder Judiciário, conforme destacado pelo Ministro.

Evidenciou, em seu voto, que o usuário, apesar da autodeterminação, fomenta, ainda que reflexamente, o tráfico – este que é o destinatário das causas cujos efeitos estão em pauta. Além disso, alertou sobre a necessidade de estabelecer parâmetros objetivos para diferenciar usuários de traficantes, ressaltando que não lhe parece atribuição do Poder Judiciário definir tais critérios, uma vez que tal atribuição compete ao legislativo. Para o Poder Executivo, por sua vez, compete a elaboração e execução de políticas criminais e sobre drogas.

Por fim, votou, quanto ao tráfico da maconha, entendeu que a sua conduta permaneceria tipificada. Ao mesmo tempo, declarou a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação até o advento de regulamentação legislativa.

De forma extremamente relevante, determinou que o Congresso legisle sobre as quantidades mínimas para a diferenciação entre usuários e traficantes.

Quanto ao Francisco Benedito de Souza, absolveu a sua conduta nos termos do art. 386, III¹⁰³ do Código de Processo Penal.

2.5.3 Anotações para o voto do ministro Luís Roberto Barroso

¹⁰³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)III - não constituir o fato infração penal;

Inicialmente, as anotações para o voto do ministro Luís Roberto Barroso estabelecem o limite para a sua análise, qual seja, a maconha. Além disso, determina que a discussão girará em torno da descriminalização, e não da legalização. Isto é, busca-se decidir se o Direito tratará o tema com medidas penais ou com sanções administrativas, incluindo a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde, dentre outras medidas.

A partir desse esclarecimento, constituiu três premissas¹⁰⁴ para o prosseguimento do seu voto.

Primeiramente, tratou o consumo de drogas ilícitas como uma coisa ruim. Dessa forma, deve o Estado em conjunto com a sociedade desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico.

Em segundo, a guerra às drogas fracassou. Desde o início da década de 1970, pois, adotou-se uma política de dura repressão – modelo bélico – da produção até o consumo do entorpecente, com custos econômicos e humanos exorbitantes. No entanto, mais de 40 anos depois, o consumo cresce, além de não estar tratando adequadamente os dependentes.

Por último, é necessário olhar o problema sob uma perspectiva brasileira, já que o Brasil não se destaca pela sua produção e pelo seu consumo, mas sim pelos danos causados pela proibição das drogas, conforme suas prioridades¹⁰⁵.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, pp. 2-4.

¹⁰⁵ a) Esta a primeira prioridade: neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico. Para isso, só há uma solução: acabar com a ilegalidade das drogas e regular a produção e a distribuição. Esta ideia foi veiculada em um corajoso artigo de Helio Schwartzman, publicado na *Folha de São Paulo* de 19.08.2015. É importante o registro, mas não é isto o que está em discussão. O grande problema do direito é que não podemos fazer experimentação em laboratórios para saber se algo funciona ou não funciona. Por isso, temos que atuar aos poucos, passo a passo, testando soluções.

b) A segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.

c) Por fim, como terceira prioridade, vem o consumidor. O consumidor não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco. Risco da sua escolha e do qual se torna a principal vítima. Mas o risco por si só não é fundamento para a criminalização, ou teríamos que banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino.

Nessa linha, explicitou as razões pragmáticas para a descriminalização. Para começar, pelo fracasso da política atual. Em vez de reduzir a produção, o comércio e o consumo, o modelo proibicionista produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento e o fortalecimento do crime organizado. Além disso, contribuiu para a criminalidade periférica ao tráfico de drogas, como o comércio ilícito de armas, por exemplo. A título de exemplo, em contraste com o aumento de consumo da maconha, afirma Barroso¹⁰⁶ que o consumo de tabaco caiu drasticamente mediante medidas administrativas. Consoante dados trazidos pelo IBCCRIM, pois, em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarro, enquanto que, em 2013, o número reduziu para 15%. Segundamente, as drogas exigem um alto custo da sociedade, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Nesse sentido, da promulgação da Lei de Drogas, até a data de julgamento do recurso, houve um aumento¹⁰⁷ do encarceramento envolvendo as drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas foram condenadas com base na Lei n.º 11.343/2006. Economicamente, ressalta o Ministro, cada detento custa mensalmente R\$ 2.000,00, segundo o Depen. Além disso, evidenciou a falta de distinção entre traficantes e usuários. Terceira e última razão pragmática, afirmou que a criminalização afeta a proteção da saúde pública.

Quanto ao plano internacional, destacou os meios alternativos à criminalização adotados por outros países para combater o consumo de drogas ilícitas. Entre eles, como exemplo, os EUA – que lideraram a guerra às Drogas – têm, em 27 dos seus 50 Estados, a descriminalização do porte da maconha para uso recreativo. Em Portugal, por seu turno, há mais de uma década descriminalizou-se o porte de drogas para consumo pessoal, estabelecendo para a maconha o limite de 25 gramas. Nesse período¹⁰⁸, constatou que não houve aumento do consumo, aumentou o tratamento de adictos e houve redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV.

Após, destacou fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização. Viola-se, com a criminalização do art. 28 da Lei de Drogas, a intimidade e a privacidade. Estes que se referem ao espaço da vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas – mesmo diante de atitudes mal vistas pela sociedade, como o consumo de drogas – sobretudo quando

¹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, pp. 4-5.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 5.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 6.

seus atos não afetam um bem jurídico de terceiros. Não se confunde, dessa forma, moral com direito. Outrossim, viola-se a autonomia individual – fruto da dignidade humana. A autonomia concede ao cidadão sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas conforme as concepções éticas. Não pode, nesse panorama, o Estado suprimir essa característica essencial ao exercício do mínimo existencial. Não menos importante, atenta-se contra o princípio da lesividade – expressão do princípio da proporcionalidade. Exige-se para a criminalização ofensa a bem jurídico alheio.

No que se refere à proporcionalidade, verifica-se a adequação necessidade e proveito da medida restritiva. Situação que não se configura, segundo o Ministro¹⁰⁹, na criminalização do uso pessoal da maconha.

Evidenciou, também, a necessidade de distinção entre o consumo pessoal e o tráfico de drogas, citando o parâmetro usado em Portugal, ou seja, porte de 25 gramas de *cannabis* e cultivo de 6 (seis) plantas fêmeas. No entanto, mencionou a possibilidade do juiz, no caso concreto, estender esses valores para abranger o consumo pessoal e, diante de um ônus argumentativo mais pesado para acusação e julgadores, enquadrar no tráfico de drogas. Respeitando a separação entre os poderes, atentou para a temporariedade dessa base valorativa até eventual legislação por parte do Congresso.

Por fim, as anotações do ministro Barroso indicam o provimento do recurso e a consequente absolvição de Francisco Benedito de Souza, nos termos do art. 386, III do Código de Processo Penal¹¹⁰. Além de instituir, em repercussão geral, tese¹¹¹ declarando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

2.5.4 A unanimidade e a divergência entre os votos

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 9-10.

¹¹⁰ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)III - não constituir o fato infração penal;

¹¹¹ É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.

Todos os votos manifestados até o momento declararam o réu Francisco Benedito da Souza absolvido, por atipicidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Afastou-se, para isso, a proteção do bem jurídico saúde pública. Assim como ressaltou-se a violação aos direitos constitucionais evidenciados - privacidade e intimidade - e ao princípio da lesividade.

Destaca-se, principalmente, a necessidade determinada por todos os ministros em que sejam estabelecidos, pelo Poder Legislativo, critérios objetivos para distinção entre usuários e traficantes.

Divergem os votos até então proferidos quanto ao alcance da inconstitucionalidade declarada ao crime previsto no art. 28, da Lei de Drogas. Os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso especificaram a análise da droga em questão no RE n.º 635.59 – a maconha – enquanto o relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, estendeu a interpretação para todas as drogas.

Na prática, tal posicionamento poderá enfrentar um problema a curto prazo no judiciário brasileiro: a violação dos direitos constitucionais à privacidade e à intimidade para as outras drogas. A maconha, por si só, porquanto, não representa a única droga utilizada em âmbito nacional. Prova disso, são os dados trazidos pelas pesquisas - coordenadas por Luciana Boiteux¹¹² - mostrando os impactos do porte de cocaína em âmbito nacional e no Estado do Rio de Janeiro.

2.6 A importância do julgado para a sociedade brasileira

Tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral, o julgado produzirá efeitos *erga omnes*. Logo, ter-se-á aplicação da interpretação estatuída pela Suprema Corte a todos os processos denunciados conforme o art. 28 da Lei de Drogas, isto é, o porte de drogas para consumo pessoal.

¹¹² BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set., 2009, pp. 11-12.

Enquanto isso não ocorre, o STF recentemente, respondendo ao pedido da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, suspendeu¹¹³ todos os processos criminais em curso no território nacional com denúncia fundamentada no art. 28.

Isso posto, após o julgamento, interpretando pela descriminalização e pela distinção provisória entre o consumidor e o traficante, o usuário terá preservado os seus direitos constitucionais à privacidade e à intimidade e, quiçá, ao lazer¹¹⁴.

Nessa linha, dar-se-á um passo à frente no enfrentamento da questão das drogas em território nacional, especificamente quanto ao usuário de drogas. Ressalta-se, todavia, não se pode ignorar a perpetuação dos problemas envolvendo a repressão exacerbada quanto ao traficante (art. 33 da Lei de Drogas).

Enquanto não se proferem os votos restantes, não há ainda uma definição sobre a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei n.º 11.343/2006. Na busca de uma resposta sobre a constitucionalidade da criminalização do porte para consumo pessoal, debate-se no próximo capítulo sobre a fundamentação jurídica desse artigo.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 635.659, protocolado em 22 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>

¹¹⁴ Como previsto no art. 6º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

CAPÍTULO III – DEBATE SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

3.1 Introdução

Após a exposição dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no RE n.º 635.659, manifesta-se relevante a análise nos principais pontos envolvendo a criminalização do consumo pessoal. De um lado, tem-se a violação aos direitos constitucionais à privacidade e à intimidade, assim como ao princípio da lesividade. De outro, defende-se a proteção do bem jurídico saúde pública.

Nesse aspecto, examina-se tais pontos, nos próximos subcapítulos, à luz da doutrina e do posicionamento manifestado pelos ministros.

3.2 Os direitos constitucionais à intimidade e à privacidade

A Constituição Federal de 1988 prevê os princípios constitucionais à intimidade e à privacidade em seu artigo 5, X, da seguinte forma.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Inicialmente, é importante diferenciar ambos os princípios.

O direito à privacidade carrega consigo um sentido amplo e genérico, englobando as esferas constitucionais da esfera íntima, da esfera privada e da personalidade. Nesse sentido, tem-se a privacidade como o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.¹¹⁵

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 208.

Historicamente, foi reconhecido como o direito de estar só, como cita José Afonso da Silva¹¹⁶.

A doutrina sempre lembra que o Juiz Americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. “O *right of privacy* compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada”.

A intimidade, por sua vez, apesar de ser geralmente confundida com a privacidade, tem uma interpretação mais específica, demonstrando um caráter mais reservado. Conforme afirma em sua obra José Afonso da Silva.

Segundo René Ariel Dotti a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma.¹¹⁷

Conclui-se que a privacidade e a intimidade - apesar de próximas quanto à proteção da personalidade do indivíduo - diferenciam-se principalmente quanto à esfera de atuação, sendo aquela mais ampla e genérica, enquanto esta, mais reservada.

Seguindo essa linha, Gilmar Mendes leciona.

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao acontecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.¹¹⁸

De qualquer forma, a proibição contida no artigo 28, da Lei de Drogas, viola os direitos constitucionais à privacidade e à intimidade. Isso, pois, veda a utilização de drogas, em sua esfera privada, no exercício das suas livres escolhas garantidas pelo Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, esclarece Maria Lucia Karam¹¹⁹.

¹¹⁶ Ibidem, p. 208.

¹¹⁷ Ibidem, p. 209.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 407.

¹¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. A lei nº 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, out., 2006.

A sistemática violação a princípios e normas das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, que, presentes na nova lei brasileira, reproduzem as proibicionistas convenções internacionais e as demais legislações internas criminalizadoras da produção, da distribuição e do consumo das drogas qualificadas de ilícitas, já demonstra que os riscos e danos relacionados a tais substâncias não provêm delas mesmas. Os riscos e danos provêm sim do proibicionismo. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e suprimindo direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados totalitários.

Na sua esfera privada, assim sendo, o cidadão deve ter o direito de tomar as suas decisões, de forma que não atinja nenhum bem jurídico alheio, sem a interferência do nefasto Direito Penal.

Atualmente, com o ritmo acelerado em que é submetido o indivíduo na sociedade moderna, sendo exposto a todo momento à facilidade de divulgação e troca de informações, o direito à privacidade encontra uma urgente necessidade de ser respeitado.

Somado ao vazio das relações modernas - limitando-se a encontros superficiais e conversas fúteis - tem-se, como resultado, muitos indivíduos solitários e estressados. É neste momento que esse direito encontra a sua moderna utilização, ao ponto que “o direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo “encontrar na solidão aquela paz e equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”¹²⁰.

Nesse contexto, nada mais privado e íntimo do que o cidadão encontrar o seu estado de tranquilidade, quiçá de prazer, ao fazer uso da droga, ato que sempre acompanhou a história da humanidade.

Ressalta-se, também, o desenvolvimento do direito à personalidade, amparado por esses princípios. Dessa forma, destaca Gilmar Mendes.

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 408.

tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.¹²¹

Nesse sentido, observa-se a relevância para o crescimento individual e coletivo de uma sociedade, em virtude do respeito a esses princípios. Estes que são profanados em nome de uma suposta solução ao problema das drogas, trazido pela constante política beligerante para lidar com o tema. Política tal que, até hoje, não encontrou reais avanços quanto ao problema dos narcóticos. Pelo contrário, vê-se, além do desgaste em virtude da proibição, o ataque direto a direitos constitucionalmente protegidos.

Nesse aspecto, salienta a ilustre Maria Lúcia Karam¹²², “que em nome do clima de pânico, de alarme social, da busca de maior repressão penal como solução ainda que aparente, sacrificam-se princípios fundamentais de um direito garantidor.”

Percebe-se, assim - mesmo em uma situação catastrófica de violência provocada pela criminalização do uso e da circulação de entorpecentes - a urgente necessidade democrática em respeitar os preceitos fundamentais da Constituição de 1988. Caso contrário, auferir-se-á constantemente a violação de direitos e garantias fundamentais de cidadãos envolvidos com a posse de drogas para consumo pessoal.

Sobre o tema, para efeitos de comparação, pode-se observar o que tem acontecido com países próximos da América Latina, como no caso da Argentina. Este país traz em sua Constituição, em seu art. 19¹²³, o seguinte texto.

ARTÍCULO 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Ressalta-se, nesse dispositivo, a clara disposição a respeito das ações privadas que não ofendam a ordem ou a moral pública. Nesse contexto, referente a esse artigo, comenta Maria Lúcia Karam¹²⁴.

¹²¹ Ibidem, p. 410.

¹²² KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro, 1991, p. 61.

¹²³ ARGENTINA, Constituição Nacional de 1853, Primeira Parte. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php>>

¹²⁴ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro, 1991, p. 130.

“Tal norma constitucional motivou a decisão da Corte Suprema de Justiça daquele país vizinho, de 29 de agosto de 1986, sendo relator o eminente magistrado Dr. Enrique S. Petracchi, em que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 6 da Lei nº 20.771, que, à semelhança de nosso art. 16 da Lei nº 6.386/76, prevê a punição da posse de drogas para uso pessoal, decisão que se fundamentou no fato de que a incriminação da simples posse de drogas para uso pessoal invade a esfera reservada à liberdade individual, que não pode ser submetida à autoridade de órgãos estatais.”

Evidencia-se que o artigo 16 da Lei nº 6.386/foi revogado pelo artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006, que se refere também à criminalização da posse para consumo pessoal.

Sobre a decisão da Corte Suprema de Justiça da Argentina, esclarece Maria Lúcia Karam¹²⁵.

Embora não tenhamos um dispositivo constitucional tão claro quanto aquele da Constituição Argentina, o direito à intimidade e à vida privada, garantido no artigo 5º, inciso X de nossa Constituição Federal, permite depreender, como se deve depreender de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, que o Direito só pode intervir em condutas que tenham potencialidade para afetar a terceiros.

Ratificando o entendimento desse período, a Suprema Corte Argentina, em 2009, no caso Arriola¹²⁶ novamente interpretou como inconstitucional a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Após a abordagem constitucional, expondo a violação aos princípios constitucionais deste subcapítulo, é importante compreender o embasamento para a criminalização do porte para consumo pessoal, por parte do artigo 28 da Lei Atual do Tráfico de Drogas.

3.3 A proteção do bem jurídico saúde pública

Antes de adentrar no assunto relativo a este subcapítulo, é importante esclarecer a que conceito de bem jurídico tutela a abordagem que será feita.

A definição conceitual de bem jurídico “surgiu quando, na primeira metade do século XIX, contestou-se a concepção clássica corrente do crime como ofensa de um direito subjetivo,

¹²⁵ Ibidem, p. 130.

¹²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sentença no Caso Arriola (A. 891. XLIV) em 25 jan. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-justica-argentina-porte-.pdf>>.

em favor de uma concepção de crime como ofensa a bens¹²⁷. Nesse aspecto, toda incriminação objetiva defender um bem jurídico.

Diverge-se, entretanto, quanto à perspectiva para análise desse conceito. Conforme elucidada Luís Greco¹²⁸, por um lado, tem-se o ponto de vista dogmático, pelo qual, ao criar-se uma norma, conseqüentemente, constitui-se um bem jurídico, este pois demonstra-se como um interesse a ser protegido. Nota-se, claramente, que esse conceito está à mercê do legislador, lançando-se mão a qualquer tempo para tutelar ou não determinado bem jurídico, bastando somente estabelecer uma norma. Por outro, observa-se o conceito político-criminal de bem jurídico – com o qual trabalhar-se-á – na concepção de um conceito visando limitar o poder punitivo do Estado.

Nesse raciocínio, pontua Luís Greco¹²⁹:

O conceito político-criminal de bem jurídico é possível. Ele tem de estar arrimado na Constituição, mas não se limita meramente a refletir os valores que a Constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade).

Nessa acepção, deve o bem jurídico ser tutelado pela Constituição, desde que ampare uma garantia fundamental. Só assim se justifica a aplicação do Direito Penal. Igualmente, leciona Nilo Batista¹³⁰ que o bem jurídico, assim, resulta da criação política do crime – mediante a imposição de pena a determinada conduta – e sua substância guarda dependência daquilo que o tipo penal, ou tipos penais, previsto possa demonstrar sobre os objetivos do legislador. De qualquer forma, o bem jurídico não pode se opor, explícita ou implicitamente, à Constituição – funcionando o parâmetro constitucional como limite para a elaboração de bens jurídicos.

Isso posto, é importante, analisar a lesão ao bem jurídico saúde pública por parte dos usuários de drogas, como defendem alguns doutrinadores.

¹²⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 11ª edição. Ed. Revan. 2007, p. 94.

¹²⁸ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, julho/ agosto, 2004, p. 11.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 116.

¹³⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 11ª edição. Ed. Revan. 2007, p. 96.

Dessa forma, analisa-se, então, a saúde pública. Na Constituição de 1988, esse bem jurídico está explícito, na parte dos direitos sociais, nos artigos 6º e 196, como disposto a seguir.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No que se refere ao Direito Penal, todavia, a tutela do bem jurídico saúde pública se dá pela sua proteção coletiva. Mesmo que esporadicamente sejam atingidos bens ou interesses particulares, o foco desse amparo é o interesse geral da comunidade. Nesta perspectiva, instrui Maria Lúcia Karam¹³¹.

Os crimes contra a saúde pública, como todos os crimes contra a incolumidade pública, tradicionalmente são caracterizados pela natureza coletiva do bem jurídico tutelado, o que significa que, ainda que bens ou interesses particulares possam ser diretamente atingidos pelas condutas delituosas, o que a lei protege, em essência, é o interesse geral da comunidade, em face do perigo indiscriminado que aquelas condutas encerram.

É evidente, portanto, a necessidade de ameaça ao bem jurídico de uma coletividade para que se possa identificar a lesão à saúde pública. Neste raciocínio, conclui-se que os crimes contra a saúde pública configuram-se por fatos capazes de “atingir a um número indeterminado de pessoas ou a pessoas indeterminadas, enquanto parte da coletividade”¹³².

Contraditoriamente, o que se percebe, diante da política proibicionista, é o entrave do acesso à saúde pública para o usuário dependente de drogas. Dado que voluntariamente o indivíduo só conseguirá alcançar os órgãos públicos de tratamento se não for, antes, selecionado pelo sistema penal. Neste caso, a resposta penal “expropria a situação problemática do campo da saúde e da educação pública, inviabilizando o acesso livre às instâncias provedoras do Estado”¹³³.

¹³¹ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro, 1991, p. 124.

¹³² *Ibidem*, p. 125.

¹³³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

Nesse raciocínio, esclarece Salo de Carvalho¹³⁴.

Assim, o toxicômano somente poderia optar pelo tratamento público (princípio da espontaneidade) se ao longo do penoso processo de dependência o sistema penal não o capturasse através da criminalização. Em caso de incidência das agências punitivas e da constatação da dependência, o tratamento durante o processo penal de cognição e de execução passa a ser coativo, fato que rompe com os princípios básicos de perspectiva prevencionista baseada na redução de danos.

Outrossim, a criminalização do consumo afasta a tutela estatal sobre os produtos utilizados pelo usuário. Dessa forma, este fica vulnerável à manipulação química realizada pelos traficantes, sem nenhuma fiscalização de qualidade. Para piorar, na aplicação de algumas drogas – como a heroína, por exemplo – utiliza-se seringas, que são muitas vezes compartilhadas. Assim, além de consumir um produto sem a vistoria das agências de saúde pública, o adicto está sujeito às doenças provocadas pelo compartilhamento de matérias injetores. Nessa perspectiva, alerta Maria Lúcia Karam.

Além de ocultar os riscos e danos à democracia, o discurso proibicionista oculta também o fato de que a proteção da saúde pública, que estaria a formalmente fundamentar a criminalização das condutas relacionadas às drogas qualificadas de ilícitas, é afetada por esta mesma criminalização, que impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo, impõe obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e a assistência, cria a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, incentivando o consumo descuidado ou anti-higiênico propagador de doenças como a aids e a hepatite.

Demonstra esse perigo a pesquisa¹³⁵ realizada em 2009 em São Paulo. Nela, buscou-se estimar a prevalência de fatores associados à infecção pelo vírus da Hepatite C em usuários de drogas. Conclui-se que os resultados mostraram uma prevalência elevada da infecção e do subtipo 1a do HCV em usuários de drogas, sendo o uso injetável de drogas o principal fator de risco para essa infecção.

Em estudo diverso¹³⁶, constatou-se que “a positividade para HIV foi de 10% e 50% para vírus da hepatite C entre usuários de drogas injetáveis, versus 1,5% para HIV e 7,3% para hepatite C nos demais, evidenciando associação entre esse vírus e uso de droga injetável”.

¹³⁴ Ibidem, p. 208.

¹³⁵ LOPES, Carmen L R et al. Prevalência, fatores de risco e genótipos da hepatite C entre usuários de drogas. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, supl. 1, p. 43-50, ago. 2009.

¹³⁶ BRITO, Valquiria O. C. et al. Infecção pelo HIV, hepatites B e C e sífilis em moradores de rua, São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, supl. 2, p. 47-56, dez. 2007.

Nessa linha, alerta Luís Roberto Barroso¹³⁷.

De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima.

Corroborando com o afastamento da preservação da saúde do adicto, a criminalização de “usuários e dependentes dentro do sistema penal tende a incapacitar a interação do sujeito envolvido com as drogas no seu próprio tratamento, coisificando-o através de observação incentivadora da passividade”¹³⁸.

Nesse aspecto, Luís Roberto Barroso¹³⁹ ensina.

O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Como assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 9.

¹³⁸ Ao tratar da violência do discurso psiquiátrico, Cooper lembra que “o paciente mental, uma vez rotulado, é obrigado a assumir o papel de doente. Essencial a este papel é certa passividade. Supõe-se que há uma doença que, vindo de alguma maneira de fora da pessoa, constitui um processo que a altera. O paciente é afetado, alterado de maneira tal, que seu próprio afetar e alterar se tornam relativamente inessenciais. Ele é coisificado até se converter no objeto em que o processo patológico se elabora. O processo é sofrido, suportado” (COOPER, David. *Psiquiatria e Antipsiquiatria*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1989, p.45). APUD CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.

¹³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, pp 5-6.

Nesse viés, além da violação aos direitos constitucionais à privacidade e à intimidade e da fragilidade na aplicação da garantia à saúde pública, atenta-se contra a saúde individual do usuário de drogas, ao afastá-lo da tutela estatal.

Ratifica-se que o referido bem jurídico só é aparentemente coletivo, pois se trata efetivamente da soma de vários bens jurídicos individuais. Esta soma, no entanto, mostra-se insuficiente para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado essencialmente pela não-distributividade, sendo, portanto, indivisível entre diversas pessoas.

Assim sendo, o bem jurídico saúde pública “nada mais é do que a soma de várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo”¹⁴⁰ Nesse sentido, alerta Luís Greco¹⁴¹ que é preciso cuidado com esses pseudo-bens jurídicos coletivos. Falar em saúde ou incolumidade pública, por exemplo, esconde os déficits de legitimidade de antecipações de tutela penal.

O indivíduo, ao fazer uso do entorpecente, logicamente prejudica tão somente a sua saúde individual, não havendo ampliação do perigo para toda, ou grande parte, da coletividade local.

Dessa forma, é evidente que, na conduta do usuário de drogas que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência de expansibilidade de perigo¹⁴².

Diante desse debate, questiona-se: haveria a possibilidade de proteger o bem jurídico saúde pública de forma menos gravosa aos direitos individuais do cidadão?

Procurando uma resposta, esclarece Gilmar Mendes¹⁴³.

Na valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal há de se exigir a demonstração do dano potencial associado à conduta objeto de incriminação. Em outras palavras, há que se verificar em que medida os

¹⁴⁰ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, julho/ agosto, 2004, p. 115.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁴² KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro, 1991.p. 125.

¹⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 33.

riscos a que sujeitos os interesses coletivos podem justificar a conversão destes em objeto de proteção pelo direito penal.

Desse modo, não se pode evitar, na definição de crimes de perigo abstrato, a significação que implica a extensão social de um determinado interesse e tampouco há de prescindir da exigência de um mínimo de repercussão do interesse coletivo em relação a cada indivíduo, segundo Santiago Mir Puig¹⁴⁴. Como exemplo¹⁴⁵, cita o autor.

Sólo pondré un exemplo. No cabe negar que la salud pública es un interés colectivo que afecta a cada individuo, pero habrá que exigir un determinado grado de lesividad individual para que importe al Derecho penal, y, por otra parte, la protección penal que merece depende también de esa lesividad individual. Hasta ahora no se ha creído que el alcohol o el tabaco afecten suficientemente a la salud como para criminalizar su venta o su consumo. Respecto al tabaco, el punto de vista del orden colectivo va conduciendo a incrementar la prohibición de su consumo en lugares públicos. Ello es admisible —yo lo admito— en la medida en que se trate de prohibiciones meramente administrativas.

Logo, tratando a saúde pública de um interesse coletivo que afeta cada indivíduo, há de se exigir um determinado grau de lesividade individual para que se possa justificar a intervenção do direito penal. Como visto, não se entende até agora que o álcool e o tabaco afetam suficientemente a saúde pública a ponto de justificar a criminalização de sua venda e de seu consumo. Ainda, quanto ao tabaco, observa-se a efetividade da proteção da saúde pública pelo incremento de proibição do seu consumo em lugares públicos – assim como pelas campanhas de prevenção do uso – limitando-se, então, à esfera administrativa. Como analogia, o mesmo raciocínio aplica-se em relação às drogas, sendo necessário distinguir os efeitos da droga em cada indivíduo, não esquecendo que a lesividade acompanha o consentimento de cada usuário.

Outrossim, salienta Puig¹⁴⁶.

En este ejemplo de la salud que hemos propuesto se advierte no sólo la mencionada tensión entre lo colectivo y lo individual, sino también que no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que es exigible una importancia del concreto *grado de afectación* de dicho bien. No basta que la salud sea en abstracto un bien social fundamental para proteger penalmente cualquier pequeña merma de la salud. He aquí un peligro que encierra la concepción abstracta de los bienes jurídicos

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral, p. 33.

¹⁴⁵MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV (1991). Cursos e Congresos n.º 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 213.

¹⁴⁶MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV (1991). Cursos e Congresos n.º 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 213-214.

que es usual. Según la misma, se clasifican los bienes por la clase genérica de interés a que afectan, sin atención al diferente *grado* de implicación de tal interés. Se incluyen así dentro del bien jurídico *salud* desde sus más importantes manifestaciones, hasta sus más insignificantes.

Assim, não basta constatar a importância abstrata do bem, deve-se demonstrar a sua concreta afetação. Ao classificar os bens de forma genérica, todavia, reside um perigo, pois não se diferencia os graus de sua implicação. Desse modo, incluem-se no bem jurídico “saúde” as mais relevantes até as mais insignificantes manifestações quantitativas. Característica que inibe a lógica de aplicação do direito penal, considerando-se a ausência de delimitação do que se irá proteger.

Não obstante o prejuízo causado pelas drogas, a criminalização viola, desproporcionalmente, o direito à privacidade e à autodeterminação. Essa conduta, pois, ameaça somente a sua saúde individual, não podendo a autolesão ser punida pelo direito penal. Caso contrário, estar-se-ia desrespeitando a decisão pessoal de colocar em risco a sua própria saúde. Ilustra esse cenário os exemplos citados por Daniel Prado¹⁴⁷.

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.

Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (arts. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais); e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constituem crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP).

Quando muito, a conduta potencialmente autolesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), prevista como infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito.

Ao punir a autolesão, o Direito Penal distancia-se dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto que invade a esfera privada do cidadão em fazer as suas próprias

¹⁴⁷ PRADO, Daniel Nicory do. De drogas e democracias. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 239A, out., 2012.

escolhas, violando os princípios da privacidade e da intimidade, defendidos pela nossa Constituição Federal. Assim, expõe Maria Lúcia Karam¹⁴⁸.

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser.

A legislação penal brasileira, pois, não pune o suicídio ou a autoflagelação. Desse modo, deveria o artigo 28 da atual Lei do Tráfico de Drogas seguir a legislação global, contribuindo para um sistema jurídico seguro, estável e coerente. Além disso, quando não pune a autolesão, respeita-se o princípio da lesividade, o qual receberá será elucidado no próximo subcapítulo.

3.4 A violação ao princípio da lesividade

É imprescindível, para o entendimento inequívoco sobre a proibição da posse de entorpecentes para o consumo pessoal, discorrer sobre o princípio da lesividade. Este, na Constituição de 1988, obtém força normativa a partir do disposto no art 5º, inciso XXXV, *in verbis*.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Sobre essa previsão, estabelece Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira¹⁴⁹.

Ou seja, juntamente com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, a carta maior dispõe que essa exigência, de submissão de fatos ao exame judicial, se faça em relação a uma lesão, material ou moral, ou a ameaça a direito. Não basta uma simples ameaça. É necessário que tenha, em mira, afetar um direito, isto é, causar um dano a um bem protegido pela ordem jurídica. Ademais, a ameaça constitui uma conduta ligada, necessariamente, a uma lesão, pois quem pratica a ameaça pelo menos aceita lesionar, ou intimidar, ou prometer um castigo ou um

¹⁴⁸KARAM, Maria Lúcia. A lei nº 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, out., 2006.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Crimes de perigo abstrato*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/715-Artigo-Crimes-de-perigo-abstrato>>.

malefício, pelo menos moral. A ameaça está vinculada necessariamente a um dano concreto, nunca abstrato ou nada de abstrato, pois a noção de ameaça a um direito é incompatível com algo intangível ou meramente potencial.

Assim, no Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição, o princípio da lesividade afasta a legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos – por exemplo, o consumo pessoal de drogas – uma vez que essas condutas não ameaçam bens alheios. Nesse panorama, explicita Maria Lucia Karam¹⁵⁰ que a criminalização para uso pessoal repete as violações ao princípio da lesividade às normas que se vinculam ao princípio da legalidade – este que assegura a liberdade individual como regra geral, situando proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros.

Recorrendo aos conceitos doutrinários, para Nilo Batista, “no direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime).”¹⁵¹

Esse princípio penal, desse modo, procurou desfazer a confusão entre o direito e a moral, no período iluminista. É definido como detentor de quatro principais funções, como explicado na obra de Nilo Batista¹⁵².

A primeira seria proibir a incriminação de uma atitude interna – as ideias, os desejos, as convicções e os sentimentos do homem, por exemplo.

A segunda, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, de modo que exemplifica o autor¹⁵³:

Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inc. II CP) não são punidos. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada (art. 31 CP). Temos aí aplicações legislativas dessa função do princípio da lesividade, que também comparece como fundamento parcial da impunibilidade do chamado crime impossível (art. 17 CP). O mesmo fundamento veda a punibilidade da *autolesão*, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando

¹⁵⁰KARAM, Maria Lúcia. A lei nº 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, out., 2006.

¹⁵¹BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 11ª edição. Ed. Revan. 2007, p. 91.

¹⁵²Ibidem, pp 92-94.

¹⁵³Ibidem, pp. 92-93.

formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas.

A terceira função, por sua vez, percebe-se pela proibição de incriminação de simples estados ou convicções existenciais.

A quarta, por fim, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Nessa linha de raciocínio, na realidade da Atual Lei de Drogas, constata-se uma divergência entre a tipificação do seu artigo 28 e a aplicação do princípio da lesividade, especialmente na coibição da incriminação de uma conduta que não ultrapasse a esfera do próprio autor (segunda função).

Desse modo, esse princípio veda a punição da autolesão, como, por exemplo, o suicídio, a autoflagelação e o objeto do presente estudo – a posse de drogas para uso pessoal.

A violação do princípio da lesividade, pois, não é um hábito atual. Na Lei nº 6.386/1976 (predecessora da Lei n.º 11.343/2006), ocorria a criminalização do usuário de entorpecentes, sempre se justificando quanto à proteção da saúde pública. Hoje, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, desrespeita-se não só o princípio penal, mas também os direitos constitucionais à privacidade e à intimidade.

Argumenta-se que, quanto à antiga lei, houve um avanço no que se refere à punição do usuário – já que não se pode mais aplicar a pena de prisão. Atualmente, as penas previstas se resumem à advertência sobre os efeitos das drogas, à prestação de serviços à comunidade e a medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos educativos.

No entanto, para que se alcance o Estado Democrático de Direito prometido pela Magna Carta brasileira – respeitando-se os princípios constitucionais e os princípios legais - deve-se buscar, incansavelmente, a descriminalização da posse para o consumo pessoal, uma vez que essa criminalização viola o princípio da lesividade e os direitos constitucionais à privacidade e à intimidade, além de não encontrar coerência na tutela do bem jurídico saúde pública.

Nessa pretensão, foi interposto o Recurso Extraordinário n.º 635.659, cujo julgamento, até o momento, indicou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Dessa forma, portanto, espera-se que, após o proferimento dos votos restantes, afaste-se, enfim, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

CONCLUSÃO

Historicamente, o modelo proibicionista só foi incorporado, na legislação brasileira, a partir do início do século XX. Desse modo, iniciou-se o modelo sanitário de regulamentação das drogas, trazendo o usuário como um doente a ser tratado coercitivamente. Padrão que, durante ditadura militar, foi substituído pelo modelo bélico, introduzindo uma guerra contra o traficante e contra o adicto. Após a edição da Lei n.º 6.386/1976, intensifica-se dicotomia entre usuário e traficante, e fortalecendo os estereótipos proporcionados pelos modelos anteriores. Dessa forma, aumentou-se as penas e os verbos para a tipificação do traficante, enquanto o usuário foi submetido ao tratamento coercitivo.

Com o advento da Lei n.º 11.343/2006, afastou-se a previsão de penas restritivas de liberdade ao usuário, assim como de tratamento obrigatório, mantendo-o criminalizando às sanções do art. 28 dessa lei. Nesse contexto, alegou-se, por um lado, a violação do princípio da lesividade, assim como aos principais constitucionais à privacidade e à intimidade. Por outro, defendeu-se que tal previsão era sustentada bem proteção do bem jurídico saúde pública. Mesmo conflito que deu razão à interposição do Recurso Extraordinário n.º 635.659.

A partir da análise dos votos até então proferidos, em conjunto com os estudos doutrinários, percebeu-se que a proteção do bem jurídico saúde pública se realiza de forma incongruente. O usuário de entorpecentes, pois, lesiona não só a sua própria saúde, sem afetar de forma concreta a saúde coletiva.

Nessa desconstrução, mostrou-se que a criminalização do consumo pessoal é carente de um bem jurídico a ser tutelado, violando, assim, o princípio da lesividade. Quanto aos direitos constitucionais – privacidade e intimidade – demonstrou-se que, ao invadir a esfera privada do usuário, punindo-o diante de uma autolesão, viola-se, nitidamente, os princípios elucidados.

Além disso, paradoxalmente, ratificou-se que a criminalização afasta as possibilidades de um tratamento efetivo para o adicto. Para piorar, pela falta de critérios objetivos para a distinção entre traficantes e usuários, verificou-se que o usuário selecionado pelo direito penal – geralmente negros e pobres – foi, em diversos casos, enquadrado nas previsões referentes ao tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006).

Diante a construção teórica, somada às consequências pragmáticas, constata-se, portanto, que a previsão de criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, prevista pelo art. 28 da Lei de Drogas é, claramente, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, Constituição Nacional de 1853, Primeira Parte. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php>>. Acesso em: 20 out 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 11ª edição. Ed. Revan. 2007.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia: Freitas Bastos, 1998.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William. *Nova lei de tóxicos e a disciplina do tratamento do dependente de drogas*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 09 out. 2017.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. *Revista Sur*, revista internacional de direitos humanos. São Paulo, v. 12, n. 21, p. 89-147, agosto, 2004. Disponível em <<http://www.sur.conectas.org>>. Acesso em 06 de out. 2017.

BOITEUX, Luciana . Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set., 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/revistajuridica>>. Acesso em: 07 out. 2017. Acesso em: 10 out. 2017.

BOITEUX, Luciana e PÁDUA, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil*. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br>> Acesso em: 09 out. 2017.

BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 8-9, out., 2006. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3313-A-nova-lei-antidrogas-e-aumento-da-pena-do-delito-de-trafico-de-entorpecentes>. Acesso em 01 out. 2017.

BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

BRASIL, Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Código Penal de 1890. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496205>>. Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto n.º 11.481, de 10 de fevereiro de 1915. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto n.º 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto n.º 4.294, de 06 de julho de 1921. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto n.º 78.992, de 21 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78992.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto-lei n.º 3.869, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto-lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Lei n.º 11.343/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 01 out. 2017.

BRITO, Valquiria O. C. et al. Infecção pelo HIV, hepatites B e C e sífilis em moradores de rua, São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, supl. 2, p. 47-56, dez. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000900009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 out. 2017.

CAMPOS Marcelo da Silveira; VALENTE Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 239A, out., 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635659-pelo-fim-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 15 out. 2017.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sentença no Caso Arriola (A. 891. XLIV) em 25 jan. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-justica-argentina-porte-.pdf>>. Acesso em 05 out. 2017. FREITAS, Bruno Bispo de. *O princípio da alteridade em face da lei 11.343/2006 e seus reflexos sobre os usuários ou dependentes de drogas*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 08 out. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa*. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061212113559593. Acesso em: 02 out. 2017.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, julho/ agosto, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção - Repressão*. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 1996.

JESUS, Maria Gorete Marques; OI, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeu da. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. A lei nº 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, out., 2006. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3312-A-Lei-no-1134306-e-os-repetidos-danos-do-proibicionismo>. Acesso em 02 out. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro, 1991.

LOPES, Carmen L R et al. Prevalência, fatores de risco e genótipos da hepatite C entre usuários de drogas. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, supl. 1, p. 43-50, ago. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000800008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15 out 2017.

MARCHESINI, Angela Mattos et al. Hepatites B e C em usuários de drogas injetáveis vivendo com HIV em São Paulo, Brasil. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 41, n. suppl.2, p. 57-63, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/32364>>. Acesso em: 10 out. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV (1991). Cursos e Congressos nº 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela., pp. 204-215. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/4205>>. Acesso em: 06 out. 2017.

MOREIRA, Antonio Fernando. *Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 08 out. 2017.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Crimes de perigo abstrato*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em:

<<https://www.ibccrim.org.br/artigo/715-Artigo-Crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 01 out. 2017.

PECHANSKY, Flavio. *Um estudo sobre situações de risco para contaminação pelo vírus hiv em usuários de drogas da cidade de Porto Alegre*. 1998. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Medicina. Curso de Pós-Graduação em Clínica Médica. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/164507>>. Acesso em: 10 out 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. De drogas e democracias. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 239A, out., 2012 Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4741-De-drogas-e-democracias. Acesso em: 05 out. 2017.

ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?» En La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 443–458. Madrid: Marcial Pons, 2007. Disponível em: <<https://neopantopticum.wordpress.com/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário n.º 430.105. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2228314>>. Acesso em: 25 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FACHIN, Edson. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.928-MG, em 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2248711>>. Acesso em: 04 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MENDES, Gilmar. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 com repercussão geral. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 635.659, protocolado em 22 jan. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>>. Acesso em: 04 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 635.659. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2016/Bol17_03.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.