



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POSSE DE
DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA ÚLTIMA
DÉCADA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO**

Por

PRISCILA VASCONCELLOS CARNEIRO

ORIENTADORA: VICTORIA AMALIA SULOCKI

2016.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA ÚLTIMA DÉCADA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

por

PRISCILA VASCONCELLOS CARNEIRO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Victoria Amalia Sulocki

2016.2

RESUMO

O trabalho acadêmico aqui apresentado realizará uma análise da jurisprudência dos últimos dez anos na cidade do Rio de Janeiro acerca da (in)constitucionalidade do dispositivo que incrimina a posse de drogas para uso próprio, o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. Faremos, também, uma breve análise histórica da criminalização das drogas no Brasil, bem como abordaremos o tratamento que é dado ao tema em outros países, como Estados Unidos, Uruguai e Portugal. Após, serão apresentadas as principais discussões dogmáticas relacionadas ao uso de drogas e sua (in)constitucionalidade, descriminalização e despenalização. Em seguida, faremos a análise jurisprudencial entre o ano de 2006, ano de criação da Lei 11.343/06, e o ano de 2016. Iniciaremos o estudo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, seguindo para as Turmas Recursais do Rio de Janeiro e finalizando no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Drogas; posse; inconstitucionalidade; jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
 CAPÍTULO 1 - QUESTÕES HISTÓRICAS SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS	 7
1.1. Breve histórico da criminalização das drogas nos Estados Unidos ...	9
1.2. Breve histórico da criminalização das drogas no Uruguai	12
1.3. Breve histórico da criminalização das drogas em Portugal.....	12
1.4. Breve histórico da criminalização das drogas no Brasil.....	13
 CAPÍTULO 2 - DEBATES DOGMÁTICOS ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006	 16
 CAPÍTULO 3 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	 31
3.1. Juizados Especiais Criminais	31
3.2. Turmas Recursais	36
3.3. Supremo Tribunal Federal	50
 CONCLUSÃO.....	 75
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco principal a análise da jurisprudência nos últimos dez anos acerca da (in)constitucionalidade do dispositivo que trata da posse de drogas para uso pessoal, o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. Em decorrência das impossibilidades fáticas de se realizar pesquisas mais aprofundadas nos Juizados Especiais Criminais, por terem, ainda, processos físicos e não eletrônicos, a análise se concentrará nas Turmas Recursais do Rio de Janeiro e no Supremo Tribunal Federal.

Desde já, é importante esclarecer que não há pretensão de se esgotar a matéria com todas as suas complexas questões que envolvem saúde e ética, bem como as questões sociais relacionadas ao uso de drogas. Dessa forma, optou-se por realizar um corte metodológico e restringir a análise ao ponto supracitado, ou seja, o tratamento jurisprudencial acerca da constitucionalidade do dispositivo legal que criminaliza a posse de drogas para consumo pessoal.

Para isso, é necessário que se realize uma breve análise histórica com a finalidade de contextualizar a criminalização das drogas no Brasil, além de uma breve abordagem acerca do tratamento que é dado ao tema em outros países, como Estados Unidos, Uruguai e Portugal.

Como será visto, os Estados Unidos foi um grande precursor e influenciador da política antidrogas nos países da América Latina através de uma política externa de intervenções e ameaças econômicas, que levaram alguns países a se alinharem às suas diretrizes repressoras de produção e comércio de drogas. Ocorre que, atualmente, diversos estados americanos já legalizaram o uso de drogas para consumo pessoal, o que nos faz questionar a manutenção dessa política repressora no Brasil.

Já o Uruguai destaca-se por ter legalizado a produção e consumo de maconha, tornando-se o primeiro Estado a invocar, para si, a regulação de todo o ciclo produtivo da droga, deixando-o sob o controle do Estado a partir de 2013¹.

Em Portugal, por sua vez, desde 2000 o uso de drogas deixou de ser matéria de âmbito penal, contudo, o uso não foi legalizado, pois ainda é controlado pelo Estado, tendo passado a ser mera infração administrativa. A legislação portuguesa reconheceu que o usuário não deve ser tratado como criminoso, mas sim como alguém necessitado de tratamento de saúde, o qual é oferecido pelo Estado.

No capítulo seguinte serão abordados os principais pontos dogmáticos que envolvem o uso de drogas e sua (in)constitucionalidade, descriminalização e despenalização. As diversas opiniões contrastantes sobre o tema decorrem, principalmente, da interpretação que se faz do artigo 28 da Lei de Drogas, bem como da conjuntura social que se relaciona ao uso de drogas, suas consequências e bens jurídicos afetados. Outro ponto bastante debatido a ser tratado no referido capítulo refere-se ao cabimento do princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, quando for pequena a quantidade de droga apreendida.

Em seguida, entraremos no principal objeto de estudo deste trabalho, qual seja, a análise da jurisprudência. Baseando-se em uma ordem lógica, abordaremos primeiro o procedimento nos Juizados Especiais Criminais no que se refere ao artigo 28 da Lei 11.343/06, trazendo exemplos de Juizados que, por considerar o referido artigo inconstitucional, rejeitam a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

¹ WELLE, Da Deutsche. Ao legalizar maconha, Uruguai vai na contramão dos vizinhos e busca ser modelo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/dw/2013/12/1383909-ao-legalizar-maconha-uruguai-vai-na-contramao-dos-vizinhos-e-busca-ser-modelo.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.

Após, analisaremos a jurisprudência nas Turmas Recursais do Rio de Janeiro, verificando as mudanças de posicionamentos ocorridas entre 2006, ano de criação da Lei de Drogas, e 2016.

Por último, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se o debate apontado na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105 acerca da descriminalização das drogas que teria, ou não, ocorrido com o advento da Lei 11.343/06. Será analisada a aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal e, por último, veremos a questão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas apontada no Recurso Extraordinário nº 635.659, em julgamento desde 2011, ao qual se reconheceu repercussão geral.

CAPÍTULO 1 - QUESTÕES HISTÓRICAS SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Para entendermos melhor o debate acerca da constitucionalidade da posse de drogas para consumo próprio, é importante, ainda que brevemente, nos debruçarmos nas questões e influências históricas que justificaram a criminalização das drogas no Brasil.

As primeiras medidas políticas internacionais direcionadas ao combate do tráfico de drogas foram criadas em 1911, através da reunião de alguns países na Conferência Internacional do Ópio, em Haia.

Já após o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação das Nações Unidas em 1945, uma intensa influência política internacional originou-se a partir da criação de convenções internacionais de combate às drogas. A Convenção Única sobre Entorpecentes, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas foram as percussoras do controle mundial antidrogas². Tais Convenções determinaram que a repressão deveria ser feita, preferencialmente, com o uso da pena privativa de liberdade.

A Convenção Única sobre Entorpecentes, elaborada em 1961, instituiu um sistema internacional de controle contra a produção, distribuição e comércio de drogas, estabelecendo que os países signatários deveriam incorporar tais medidas às legislações internas. Já a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, editada em 1971 pelas Nações Unidas, acrescentou ao rol das drogas narcóticas as drogas psicotrópicas, pois estas também produziram efeitos danosos, necessitando ser controladas pelo

² SILVA, Marco Aurélio da. *Política Pública Carcerária: Uma Institucionalizada Violação de Direitos Fundamentais Impulsionada pela Criminalização das Drogas*. cap. 2, p. 239-240. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 09, n. 02, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/13018/pdf#.V-KZOvkrLcs>>. Acesso em: 21 set. 2016.

Estado. Em 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, mais conhecida como Convenção de Viena, ampliou o controle internacional antidrogas, determinando que a repressão às drogas era uma responsabilidade coletiva global.

Ocorre que, com o passar do tempo e a percepção das consequências geradas pelo combate às drogas, a visão da Organização das Nações Unidas acerca do tema foi alterada. Em 2009, foi elaborado o Plano de Ação da ONU que prevê diretrizes até o ano de 2019 para o desenvolvimento de estratégias de descriminalização do uso de drogas. Nesse caminho, a ONU passou a sustentar que, apesar de não apoiar a legalização das drogas, sugere a retirada da proibição do consumo de drogas do âmbito penal, enfatizando a necessidade de que os Estados ofereçam tratamentos médicos adequados aos usuários. Ademais, a ONU manifestou-se favorável à legalização das drogas para fins médicos e científicos, sem incluir o recreativo. Assim, nas palavras de Marco Aurélio Souza da Silva:

A constatação atual é de que ‘um mundo livre das drogas’ não apenas não foi alcançado como também o combate repressivo dirigido à sua eliminação resultou em consequências sociais desastrosas, com o aumento da violência, da exclusão, da população prisional e da mortalidade especialmente juvenil³.

No mesmo sentido, Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz argumentam que:

proibir significa apenas remeter as atividades proibidas para a clandestinidade, onde não existe controle (oficial) algum, de sorte que, a pretexto de reprimir a produção e o comércio de droga, a lei penal acaba por fomentar o próprio tráfico e novas formas de violência e criminalidade⁴.

Pierpaolo Botinni, por sua vez, observa que “a criminalização falhou na proteção da saúde pública e contribuiu para intensificar o dano à saúde

³ SILVA, 2014, p. 242.

⁴ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 40.

individual”, tendo em vista que a criminalização impede o desenvolvimento de políticas de redução de danos à saúde dos usuários⁵.

Guiados por essa percepção, alguns países, como Holanda e Uruguai, legalizaram o uso de drogas. Já países como Portugal, Espanha, Chile, Bolívia e Venezuela já descriminalizaram o porte de drogas para consumo pessoal, contudo, ainda o consideram infração administrativa. A legislação da Áustria, França, México, Noruega e Alemanha, por sua vez, determinam que o porte de drogas somente possui relevância penal quando destinado ao tráfico ilícito. Por outro lado, outros países, como o Brasil, optaram por somente flexibilizar a repressão ao consumo, mas permanecem reprimindo a produção de entorpecentes⁶.

Em outros países, como Colômbia, em 1994, e Argentina, em 2009, foi o Poder Judiciário, através de Corte Constitucional, que considerou inconstitucional a criminalização do consumo de drogas.

Dessa forma, verifica-se que em inúmeros países, a posse de drogas para consumo pessoal tornou-se, seja pela ação legislativa, seja pela judicial, matéria sobre a qual não mais incide o direito penal.

1.1. Breve histórico da criminalização das drogas nos Estados Unidos

Desde o início da década de 70, os Estados Unidos se utilizaram da repressão às drogas para traçar objetivos jurídico-político favoráveis ao aumento do país como potência mundial através de um maior intervencionismo no exterior, em especial na América Latina⁷.

⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 29-30. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁶ Ibid., p. 33.

⁷ SILVA, 2014, p. 240-241.

Nesse contexto, Marco Aurélio Souza da Silva aponta que “*A partir da década de 1980, os Estados Unidos utilizam o combate às drogas como eixo central de sua política no continente*”, criando a chamada Guerra às Drogas:

Essa política criminal maniqueísta reflete o contexto mundial, na medida em que países pobres representam os fornecedores de drogas, identificados como traficantes, considerados criminosos que devem ser rigorosamente penalizados e controlados, enquanto que países ricos representam os consumidores, considerados vítimas, doentes e dependentes que devem receber tratamento⁸.

O discurso da “*war on drugs*” permitiu, com a aprovação da sociedade americana, ações em nome da defesa do Estado, não só no plano interno, com o endurecimento de penas para traficantes e usuários de drogas, como no plano externo, com intervenções militares em países tidos como produtores de entorpecente, em especial os países pobres, comunistas, da América Latina, aumentando o controle político em seus territórios. Assim, Argemiro Procópio Filho e Alcides Costa Vaz aduzem que:

O alto grau de dependência das organizações multilaterais, tanto de alcance global como regional, e dos próprios países individualmente em relação à ajuda dos Estados Unidos para a implementação de suas respectivas estratégias de combate ao narcotráfico as tornam suscetíveis à influência e injunções da própria política norte-americana⁹.

As reações dos países latino-americanos à política antidrogas implementada pelos Estados Unidos não foram uniformes. “Os países andinos, principais produtores de coca, foram alvo preferencial de ações norte-americanas destinadas a reduzir a produção, inclusive com o envolvimento direto de efetivos militares¹⁰”. A pressão norte-americana era acompanhada de ameaças de aplicação de sanções econômicas, por isso, esses países se viram quase obrigados a se alinharem às diretrizes políticas norte-americanas.

⁸ SILVA, 2014, p. 241.

⁹ PROCÓPIO FILHO, Argemiro. VAZ, Alcides Costa. O Brasil no Contexto do Narcotráfico Internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*. v. 40, n. 1, Brasília, 1997. p. 101.

¹⁰ Ibid., p. 101.

Já os países de trânsito¹¹, como é considerado o Brasil, permaneceram com uma maior autonomia quanto à formulação de suas políticas, “ainda que também sujeitos a fortes pressões para maior comprometimento com a repressão ao tráfico nos moldes pretendidos por Washington”¹².

Ocorre que, atualmente, esse tratamento militarista e repressor vem sendo questionado e revisto pelos Estados Unidos em seu âmbito interno. Assim, vinte e sete dos cinquenta estados americanos já descriminalizaram o uso da *cannabis sativa*, seja para fins medicinais, como na Califórnia, seja para fins meramente recreativos, sendo que quatro deles, Colorado, Washington, Oregon e Alaska já legalizaram a comercialização desta substância¹³. Nesse caminho, a capital americana, Washington DC, legalizou a posse de até 56 gramas de maconha, assim como o cultivo domiciliar de até seis pés de maconha¹⁴.

Para os estados americanos, os maiores benefícios com a descriminalização das drogas são a arrecadação de impostos com a venda regulamentada do entorpecente e a diminuição do número de presos por porte de drogas, tendo sido uma eficiente forma de descongestionar as prisões, dando ênfase na repressão aos crimes mais graves.

¹¹ São considerados países de trânsito aqueles voltados para uma atividade meio do narcotráfico, o trânsito da droga. Tais países possuem papel de intermediários, pois são conhecidos não pela grande produção ou consumo de drogas, mas sim por serem o caminho de entrada e saída de entorpecentes para outros países, sendo um vínculo entre os países produtores e os países consumidores.

¹² PROCÓPIO FILHO; VAZ, 1997, p. 101-102.

¹³ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 06.

¹⁴ SANCHEZ, Leonardo. Conheça os países onde o porte de drogas para uso pessoal não é crime. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 09 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.

1.2. Breve histórico da criminalização das drogas no Uruguai

O Uruguai destaca-se não só por ter sido um dos primeiros países a legalizar a posse de maconha para uso pessoal, mas por tornar-se o primeiro Estado a invocar, para si, a regulação de todo o ciclo produtivo da droga. Assim, no Uruguai a legalização também abrangeu o cultivo do entorpecente, ao contrário de países como a Holanda, onde o consumo foi legalizado, mas a produção não¹⁵.

Em 2013, o ex-presidente José Mujica criou um ente estatal específico para a regulamentação de todo o ciclo de produção, distribuição e comercialização de maconha, deixando-o sob o controle do Estado. Desde então, os maiores de 18 anos cadastrados no sistema estatal podem cultivar, comprar e vender a droga legalmente.

Tal medida foi adotada pelo governo como meio de enfrentar o narcotráfico, tendo em vista que, no país, a política repressiva às drogas vinha se mostrando ineficaz para tal fim, levando, inclusive, ao aumento da violência e ao crescimento do poder do narcotráfico. Além disso, com a adequada regulamentação estatal, o governo uruguaio visa melhor controlar e orientar o consumo de drogas.

1.3. Breve histórico da criminalização das drogas em Portugal

Desde o ano de 2000, Portugal realiza reformas legislativas para diferenciar, de forma nítida, o tráfico e o uso de drogas. A Lei nº 30 de 29 de novembro de 2000 determina que *“o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações caracterizadas como drogas deixa de ser crime e passa a ser contraordenação (ilícito administrativo)”*.

¹⁵ WELLE, Ao legalizar maconha, Uruguai vai na contramão dos vizinhos e busca ser modelo. 2013.

Assim, Pierpaolo Botiini aponta que, ainda que tais condutas estejam sujeitas a uma espécie de prestação pecuniária ou mesmo outras sanções, como a restrição do exercício de determinadas atividades “*são medidas de limitação de direitos que não impõem obrigações positivas*”, como a prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a cursos educativos, como o faz a legislação brasileira¹⁶.

Em Portugal, o usuário, dependente químico, deixou de ser visto como criminoso, passando a ser visto como alguém que necessita de tratamento de saúde disponibilizado pelo Ministério da Saúde.

Entretanto, o cultivo de plantas para fabricação de drogas, bem como a posse de drogas em quantidades superiores às estabelecidas para o consumo próprio, ainda são criminalizados e punidos com pena de prisão. Da mesma forma, o Estado proíbe, no âmbito administrativo, o consumo de entorpecentes em determinados espaços públicos, sob pena de multa ou sanções meramente administrativas.

Assim, Isaac Sabbá Guimarães define o regime legal de Portugal quanto ao dependente químico como uma despenalização controlada¹⁷. Esse modelo surtiu positivos efeitos no país, como a diminuição do consumo entre os jovens, o aumento de usuários em tratamento de saúde e a redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV¹⁸.

1.4. Breve histórico da criminalização das drogas no Brasil

Durante o Brasil-Colônia, a legislação aqui imposta não era originariamente brasileira, uma vez que os textos legais eram produzidos por Portugal. A primeira vez que uma legislação com eficácia nacional se

¹⁶ BOTTINI, 2015, p. 33.

¹⁷ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

¹⁸ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 06.

referiu ao uso de drogas foi nas Ordenações Filipinas, que utilizou o conceito de “substâncias venenosas”, substâncias essas proibidas pela legislação¹⁹.

Séculos depois, o instrumento ideológico presente nos Estados Unidos foi recepcionado no Brasil, instaurando, na época da ditadura militar, uma Doutrina de Segurança Nacional que reconhecia os traficantes de drogas como inimigos nacionais, devendo ser combatidos por uma política criminal repressiva²⁰.

Já em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil passou a estabelecer o tráfico de drogas como crime inafiançável e insuscetível de anistia e graça, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XLIII, direcionando a uma intensa repressão criminal e encarceramento.

Em relação às legislações especiais, a Lei 6.368/76 previa, em seu artigo 16, pena de 06 meses a 02 anos de prisão para o crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Já em 2006, a Lei 11.343, atualmente em vigor, modificou as sanções destinadas à conduta em comento. Assim, com o objetivo de flexibilizar a punição estatal aos consumidores de classe média e alta, a Lei nº 11.343/06, instituidora do SISNAD, Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, buscou a despenalização do mero consumidor de drogas, prevendo sanções diferentes das privativas de liberdade²¹.

A política brasileira de combate às drogas se pautou pelo alto grau de repressão aos traficantes, assim chamados os que comercializam a droga, bem como pelo enfraquecimento da repressão aos consumidores, que passaram a ser objetos de uma política sanitária de recuperação dos

¹⁹ FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. A ‘Justiça Terapêutica’ e o Conteúdo Ideológico da Criminalização do Uso de Drogas no Brasil. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito UFPR*, p. 04. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7041/5017>>. Acesso em: 21 set. 2016.

²⁰ SILVA, 2014, p. 241-242.

²¹ Ibid., p. 242.

usuários, mesmo que se utilizando de tratamentos compulsórios e comparados aos utilizados para psicopatas.

Entretanto, ainda que o tratamento dado ao usuário de drogas tenha sido flexibilizado pela Lei 11.343/06, abrandando as consequências penais do uso de entorpecentes, Pierpaolo Botinni afirma que a lei “*mantém o desvalor penal do comportamento, não retira sua natureza delitiva, nem o caráter estigmatizante da incidência da norma penal*”²². Como consequência do tratamento no âmbito penal dado à questão, no qual a conduta permanece configurada como delito, o autor aduz que há uma “*intensa reação social informal sobre os consumidores de entorpecentes, dificultando sua recuperação e submetendo-os a tratamentos degradantes por parte de autoridades policiais e pela própria Justiça*”²³.

Em decorrência dos intensos debates acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e da legalização das drogas, diversos juízes vêm deixando de aplicar o referido dispositivo no Brasil. Por tal motivo, está em curso no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 635.659, ao qual se reconheceu repercussão geral, sendo julgada a inconstitucionalidade da referida norma.

²² BOTTINI, 2015, p. 14.

²³ Ibid., p. 15.

CAPÍTULO 2 - DEBATES DOGMÁTICOS ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006

Analizada como produto do capitalismo, no campo da produção e do comércio, as drogas ilícitas são mercadorias, como qualquer outra, dispostas à demanda dos consumidores. Assim, Marco Aurélio da Silva aponta que:

Na lição de Karam, as atividades de produção, distribuição e consumo dessas substâncias representam atividades econômicas que, em sua essência, não diferem de quaisquer outras atividades realizadas no mercado produtor, distribuidor e consumidor de bens ou serviços²⁴.

Contudo, a partir da intervenção do sistema repressivo penal, através da criminalização das condutas relacionadas à produção, comercialização e utilização dessas mercadorias, essa atividade mercantil foi transformada em crime.

Ocorre que o tratamento social e legal atualmente direcionado à repressão do uso de drogas vem gerando acentuados debates doutrinários e jurisprudenciais. Os debates sociais se relacionam, principalmente, com os resultados e consequências de uma política repressora adotada já há vários anos, bem como aos verdadeiros efeitos do uso dos entorpecentes. Já a discussão legal situa-se acerca das técnicas legislativas-penais-processuais da Lei 11.343 de 2006 e a consequente legalidade e constitucionalidade do artigo 28 da referida lei, que trata especificamente do uso de drogas para consumo próprio.

²⁴ SILVA, 2014, p. 243.

- Falhas de técnica legislativo-penal-processual na Lei 11.343 de 2006

No centro desse debate doutrinário, há juristas que indicam inúmeras falhas de técnica legislativo-penal-processual na Lei 11.343 de 2006 que tornam a citada lei controversa e inócua aos fins por ela pretendidos.

Uma primeira crítica se refere ao artigo 1º, parágrafo único, da referida lei²⁵. Este dispositivo prevê que o Poder Executivo da União ficará responsável pela elaboração de lista que determine o que será considerado “droga” para fins de incidência da Lei. Dessa forma, trata-se de norma penal em branco, pois o legislador delega a outro órgão o dever de estabelecer as substâncias sobre as quais incidirá a repressão estatal. Tal previsão recebe críticas de inúmeros juristas, tendo em vista que se estaria habilitando a Administração Pública a legislar em matéria penal através de simples portaria e essa delegação a ente não-legislativo infringiria o princípio constitucional da legalidade penal e a reserva de lei, pois a classificação das drogas gera restrição à liberdade humana sem ter passado por um processo legislativo adequado²⁶.

Já no artigo 27, que inicia o Capítulo sobre Crimes e Penas, está disposto que “*As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (...)*”. No entanto, neste capítulo estão inseridas as chamadas “medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Para Isaac Sabbá Guimarães tais medidas possuem caráter educacional, são políticas de reinserção social, “*visando dar esclarecimentos sobre um problema que é antes de saúde do que propriamente criminal enfrentado pelo usuário*”²⁷. Contudo, ao ser inserida no capítulo que trata das “penas”, passou a ser considerada como tal,

²⁵ Art. 1º, Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

²⁶ BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 06-07.

²⁷ GUIMARÃES, *Nova Lei Antidrogas Comentada*, p. 22.

gerando seus efeitos jurídicos-penais próprios, como, por exemplo, o da reincidência.

- Sanções previstas no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006

O artigo 28 da Lei de Drogas, objeto principal do presente estudo, possui a seguinte redação:

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.

Primeiramente, observa-se que o dispositivo que se refere à posse de drogas para uso pessoal está inserido no Título III, que trata das atividades de prevenção do uso de drogas e de atenção e reinserção do usuário. Já os demais crimes estão inseridos no Título IV, que dispõe sobre o tratamento repressivo à produção não autorizada e ao tráfico de drogas. Assim, constata-se que o legislador optou por reforçar o caráter preventivo, e não repressivo, destinado ao usuário de drogas.

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se que o legislador não conferiu ao tema o tratamento típico da legislação penal, já que prevê sanções de mera advertência e de caráter educativo, mas também não descriminalizou expressamente a conduta, já que está inserida no capítulo destinado aos “crimes”. Nesse sentido, Isaac Sabbá Guimarães aduz que:

nosso legislador, escorregadio e impreciso, que evitou enfrentar a questão de fundo relacionada ao uso e à dependência, mas sempre propenso a políticas de caráter meramente simbólicos²⁸.

Nota-se, mais uma vez, que o *caput* se refere a “penas” ao tratar da advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e, ainda, medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo. A aplicação de uma dessas penas deve ser realizada atentando-se para o grau de desvalor do ato e para as condições pessoais do agente, podendo, inclusive, ser cumuladas.

Em relação à pena de advertência, que consiste em explicar ao agente os efeitos nocivos à saúde provocados pela droga, Isaac Sabbá Guimarães argumenta que:

o legislador cometeu um deslize ao prever a pena de advertência e soa-nos bastante estranha a realização de um ato judicial com o específico fim de o Juiz explicar os efeitos maléficos das drogas a um infrator, aconselhando-o a não fazer seu uso²⁹.

O autor argumenta que uma simples advertência verbal, mesmo que realizada pelo Juiz, provavelmente não terá efeitos terapêuticos e nem de intimidação ao usuário, este limitar-se-á a ouvir a advertência, sem que haja qualquer contrapartida de sua parte. Ademais, o Estado Democrático de Direito não pode se valer da lei para doutrinar as pessoas ou dar-lhes orientações a serem seguidas, pois trata-se de matéria estritamente individual.

- Despenalização x Descriminalização

Por conta do tratamento incoerente dado à questão, é debatido se houve descriminalização ou despenalização da posse de drogas para uso próprio. Na descriminalização a conduta se torna jurídico-penalmente irrelevante, ocorrendo *abolitio criminis* e afetando-se a sua tipificação.

²⁸ GUIMARÃES, 2010, p. 26.

²⁹ Ibid., p. 24.

Enquanto que na despenalização retira-se a previsão de pena privativa de liberdade, mantendo somente penas alternativas, como a restritiva de direito. Dessa forma, com a descriminalização a conduta deixa de ser criminosa, já com a despenalização continua a ser uma infração penal.

Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz aduzem que o objetivo da Lei 11.343/06 foi vender uma “imagem de que se avançou com a despenalização do consumo para uso com a abolição da pena privativa de liberdade. Vislumbra-se uma cortina de fumaça para que os objetivos de ampliação punitiva passem despercebidos”³⁰. Isso porque, com a edição dessa lei, aumentou-se substancialmente a pena privativa de liberdade para o tráfico de drogas.

Já para Luiz Flávio Gomes:

A posse de drogas para consumo pessoal deixou de ser ‘crime’ (no sentido técnico), pois que a presente Lei teria retirado o caráter de ilícito penal da conduta sem, no entanto, a legalizar³¹.

Assim, para o autor, o legislador teria abolido o caráter criminoso da posse de drogas para uso próprio, deixando de ser considerado crime, mas continuando a ser um ilícito, contrário ao direito, motivo pelo qual não se pode dizer que houve legalização e sim somente uma descriminalização formal.

Isaac Sabbá Guimarães discorda do autor supracitado, pois em seu entendimento, “o legislador preferiu não enfrentar abertamente o problema político criminal sediado em torno do dilema entre as políticas de criminalização e de descriminalização”. Contudo, “ao manter o crime de posse etc. para uso pessoal na nova Lei Antidrogas, o legislador realizou um discurso subjacente de desjudiciarização”, tendo em vista que o infrator

³⁰ BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. x.

³¹ GOMES, Luiz Flávio, et al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108. apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 27.

não é mais submetido às solenidades formais e processuais na presença do Juiz, “confirmando, portanto, a tendência já verificada com a absorção da espécie pela Lei dos Juizados Especiais, e de despenalização”, já que as sanções previstas ao infrator não se coadunam com as tradicionais do direito penal que visam, pelo menos em tese, a ressocialização do indivíduo³².

Analisando as medidas penalizadora e a conjuntura do artigo 28 da Lei de Drogas, o autor conclui que trata-se de:

política criminal titubeante e incoerente: por um lado, há medidas despenalizadoras e desjudiciariantes, tendentes para um horizonte de descriminalização das condutas relacionadas com o uso de droga; por outro lado, há a ameaça de punição típica da política criminal de criminalização para os casos de descumprimento das medidas educativas³³.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz entendem pela despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, eis que “*a lei tratou, formalmente, o uso de droga como crime*”, não sendo necessário que a lei preveja pena privativa de liberdade como sanção principal ou substitutiva para que a conduta seja considerada crime³⁴.

Ressalta-se que o atual Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame já afirmou ser a favor da descriminalização das drogas, deixando de considera-la assunto de polícia para que passe a ser assunto de saúde pública. Entretanto, Beltrame traz a questão da necessidade de regulamentação e fiscalização da produção e comércio de entorpecentes após a sua legalização³⁵.

³² GUIMARÃES, 2010, p. 27-28.

³³ Ibid.

³⁴ BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 44.

³⁵ CARRIÇO, Ernesto. Beltrame defende legalização das drogas e desmilitarização da polícia. *O DIA*, 20 set. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-09-20/beltrame-defende-legalizacao-das-drogas-e-desmilitarizacao-da-policia.html>>. Acesso em: 06 out. 2016.

- Bem jurídico protegido pelo artigo 28 da Lei 11.343 de 2006

Outro tema bastante abordado pela doutrina se refere ao bem jurídico protegido pelo dispositivo supracitado. Há quem defenda que o objeto tutelado pelo citado dispositivo seria a proteção à saúde individual, tendo em vista que o consumo de entorpecentes somente causa danos à saúde de seus usuários. Já para a maioria dos juristas o dispositivo visa proteger a saúde pública.

Em relação à proteção da saúde individual, Pierpaolo Bottini se refere ao fato de que, se considerarmos que o bem jurídico tutelado pela norma em questão é a saúde do usuário de drogas, a tutela penal somente é legítima “*em casos extremos de lesão irreversível de bens jurídicos indisponíveis, mesmo com consentimento de seu titular*”, como na proteção à vida ou integridade física. Entretanto, nesses casos, a punição não é dirigida ao titular do bem jurídico afetado e sim ao terceiro que pratica ou colabora com o ato. Assim, na tentativa de suicídio, por exemplo, não se pune o titular do bem jurídico afetado e sim o terceiro que induz, instiga ou auxilia o ato³⁶.

Ressalta-se que não se nega a importância de se impedir o acesso do usuário à droga, como forma de preservação de sua integridade física e psíquica. Todavia, não se pode proteger um bem jurídico criminalizando seu próprio titular. Esse paternalismo penal é, para Pierpaolo, “*incompatível com um sistema pautado pela dignidade humana*”³⁷. Por tais argumentos, afasta-se a “*legitimidade do uso do direito penal para inibir o consumo de drogas, pela perspectiva da saúde individual*”³⁸.

Já os juristas Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi defendem que o bem público que o artigo 28 da Lei de Drogas objetiva proteger é a saúde pública. Nesse sentido, aduzem que “*A deterioração da saúde pública não*

³⁶ BOTTINI, 2015, p. 19-21.

³⁷ Ibid., p. 21-23.

³⁸ Ibid., p. 26.

se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social”. Em seus argumentos também afirmam que “*o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga*”, contudo, para a configuração do delito não se exige a concretização do dano, sendo o delito de perigo abstrato³⁹.

Em relação ao entendimento de que o dispositivo em análise visa à proteção da saúde pública como estratégia de inibição do tráfico de drogas, Pierpaolo indica sua ilegitimidade, argumentando não ser possível restringir a “*liberdade do cidadão para combater comportamentos de outros, sobre os quais ele não tem domínio*”. Tal mecanismo constitui, na visão do autor, violação ao princípio penal da culpabilidade, tendo em vista que só se pode punir o comportamento que pode ser controlado pelo autor. Dessa forma, como o usuário de drogas não possui qualquer ingerência sobre o comportamento do traficante, não pode a ele ser aplicada a sanção penal. Nesse sentido, Pierpaolo evidencia que o que ocorre é a aplicação da “*sanção no usuário diante da dificuldade de encontrar, investigar e condenar o verdadeiro culpado – no sentido dogmático – pela violação à saúde pública: o comerciante de produtos ilícitos*”⁴⁰.

Já se levarmos em consideração que o objetivo do artigo 28 da Lei de Drogas é a proteção da saúde pública em razão da periculosidade do viciado e sua potencialidade de cometimento de delitos em razão do uso de entorpecentes, esta tese também é rechaçada por Pierpaolo. Para o autor, tal argumento é contrário ao princípio da ofensividade, tendo em vista que o direito penal somente poderá punir aquele que voluntariamente se tornou inimputável quando este praticar efetivamente um ato criminoso posterior. Dessa forma, “*não se justifica a punição do uso de drogas pela possível*

³⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel *Lei de drogas anotada*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

⁴⁰ BOTTINI, Op cit., p. 27-28.

prática de crimes posteriores, o que não impede a punição por estes últimos, se cometidos”⁴¹.

Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz utilizam-se de outros argumentos para rechaçar o objetivo do artigo 28 da Lei de Drogas em proteger a saúde pública. Os juristas defendem que “*as drogas não são em si mesmas prejudiciais à saúde, tudo depende de quem as usa, como e quando o faz*”. Nesse teor, aduzem que se o bem jurídico que se quer proteger fosse, de fato, a saúde pública, o mais adequado não seria a criminalização das drogas e sim a sua legalização e regulamentação, tratando-a não como problema de polícia e sim como problema de saúde pública⁴².

Por tais motivos, defende-se que o uso de drogas para consumo pessoal é um delito sem vítima, já que a conduta teria o condão de gerar apenas autolesão, sendo próprio da liberdade de cada indivíduo optar pelas condutas que somente a ele geram consequências. Assim, para os autores, o dispositivo que incrimina a posse de drogas para uso pessoal não protege bem jurídico algum e muito menos é medida eficaz para a proteção da saúde pública.

Como consequência, o dispositivo fere o princípio da lesividade, que determina, segundo Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz, que:

só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto de direito penal⁴³.

⁴¹ BOTTINI, 2015, p. 30-31.

⁴² BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 42.

⁴³ Ibid., p. 45.

- Princípios constitucionais de autodeterminação do indivíduo

Já sob o prisma da Constituição Federal, mais especificamente de seus princípios, Isaac Sabbá Guimarães defende que “a estrutura de princípios e direitos fundamentais não determina a criminalização das condutas relacionadas ao uso de drogas”⁴⁴.

Isso porque a Constituição brasileira, em seu preâmbulo, reconhece o pluralismo da sociedade brasileira e, por isso, se faz necessário estabelecer “um regime de maior tolerância e respeito pela autodeterminação de cada indivíduo, inclusive em relação às suas opções de vida (desde que não afetem a harmonia e os valores da sociedade)”⁴⁵.

Ao criminalizar a posse de drogas para uso pessoal, o artigo 28 da Lei 11.343/06 viola diversas normas, direitos e princípios consagrados na Constituição Federal.

Primeiramente, a criminalização do uso de drogas afronta o direito à intimidade e vida privada, consagrados no artigo 5º, inciso X da CRFB/88. Isso porque, mesmo sendo considerada uma atitude autodestrutiva, não gera danos a terceiros, inserindo-se na esfera individual do usuário. Por isso, nos termos do princípio constitucional da proporcionalidade, não deverá a lei penal regular tal conduta, pois o Direito Penal é necessário somente para atender a solução de conflitos ou problemas sociais, buscando a pacificação e harmonização da sociedade.

Como consequência lógica da violação aos direitos supracitados, há, também, afronta aos princípios da dignidade humana e pluralidade, previstos no artigo 1º, incisos III e V da CRFB/88. Pierpaolo Botinni define dignidade humana como “a capacidade de autodeterminação do ser humano para o desenvolvimento de um modo de vida autônomo, em que seja possível a reciprocidade”, esta entendida como possibilidade de exercício

⁴⁴ GUIMARÃES, 2010, p. 25.

⁴⁵ Ibid., p. 25.

mútuo por todos os membros da sociedade. Já a pluralidade seria a “tolerância, no mesmo corpo social, de diferentes modos de vida, estilos, ideologias e preferências morais, respeitadas as fronteiras do modo de vida dos outros”⁴⁶.

Dessa forma, o autor assevera que, ao prever tais princípios, a Constituição Federal acaba por definir certos limites materiais à produção legislativa penal e ao uso do direito penal, instrumento mais gravoso de controle social por parte do Estado. Por isso, “sua incidência se restringe à punição de comportamentos que violem esta liberdade de autodeterminação do indivíduo, que maculem este espaço de criação do modo de vida”⁴⁷. Assim, não haverá legitimidade na interferência do Direito Penal quando a conduta estiver contida “dentro do espaço de autodeterminação do indivíduo, sem repercussão para terceiros”, motivo pelo qual inexistente relevância penal na conduta que cause apenas autolesão⁴⁸.

Nas palavras de Isaac Sabbá Guimarães, essa é a visão de John Stuart Mill, defensor do liberalismo que rejeitava as:

tiranias exercidas pelas maiorias, exalçando a liberdade individual. De forma que as tendências pessoais relativas à saúde moral, física e intelectual são de foro íntimo, só devendo ser controladas à medida que causem danos a terceiros⁴⁹.

Por tal motivo, havendo outros meios menos repressivos e mais eficientes do que o Direito Penal, a eles deve ser dada preferência, evitando a interferência penal, já que esta deve ser utilizado somente como *ultima ratio*, sob pena de se violar, em última instância, o princípio da dignidade humana.

Vale ressaltar que a própria Lei de Drogas, no artigo 4º incisos I e II, prevê que são princípios do SISNAD o respeito “*aos direitos fundamentais*

⁴⁶ BOTTINI, 2015, p. 16.

⁴⁷ Ibid., p. 17.

⁴⁸ Ibid., p. 17.

⁴⁹ GUIMARÃES, 2010, p. 34.

da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade” bem como “*à diversidade e às especificidades populacionais existentes*”. Tais previsões geram uma completa incoerência com as determinações da Lei 11.343/06, já que o dispositivo prevê o respeito à autonomia, liberdade e diversidade ao mesmo tempo em que o restante da lei restringe essa autonomia, liberdade e respeito à diversidade, principalmente no que concerne ao usuário de drogas.

Assim, para Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz:

“Incentiva-se a autonomia e a liberdade e ao mesmo tempo incrimina-se a vontade se ela é contrária aos interesses da moral dominante”. Por isso, os autores afirmam que tais previsões configuram “mais um discurso de aparência do que uma medida de eficácia”⁵⁰.

- A contradição existente no tratamento de drogas lícitas e ilícitas

Outra questão que levanta controvérsias acerca da criminalização das drogas é a incoerência de se legalizar o tabagismo, bem como o consumo de bebidas alcoólicas, substâncias estas que também geram dependência e causam danos à saúde. Assim, o tratamento diferenciado no âmbito penal direcionado a essas substâncias ofende o princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, caput da CRFB/88. Por isso, para Isaac Sabbá Guimarães:

a tutela penal quanto a este tipo de conduta contraria o princípio da congruência ou da concordância prática entre as ordens axiológicas constitucional e penal, de onde parte a necessidade de aplicar-se a igualdade no sentido material⁵¹.

Assim, o que se vê no ordenamento jurídico brasileiro é a permissão de consumo de cigarros e bebidas alcoólicas com a justificativa de adequação social com a paradoxal proibição do consumo de drogas, conduta já inserida há tempos no cotidiano da sociedade.

⁵⁰ BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 15.

⁵¹ GUIMARÃES, 2010, p. 34.

Esse paradoxo também é discutido por Alexandre Bizzotto, Andreia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz, já que, para eles “o tratamento diferenciado das drogas em relação ao álcool tem pouco a ver com a qualidade da vida humana e muito mais com interesses econômicos”⁵².

Nesse teor, para Isaac Sabbá Guimarães, as escolhas de vida, contidas no âmbito estritamente privado, como o consumo de drogas, tabaco ou bebida alcóolica, não dizem respeito ao controle estatal.

Isaac Sabbá Guimarães expõe a visão de Maria Lúcia Karam, em palestra proferida no 12º Seminário Internacional do IBCCRIM, em agosto de 2006:

Ao longo de seu texto, a conferencista apropria-se do argumento do Estado de Direito Democrático para defender o auto-aperfeiçoamento, cabendo ao Estado potencializar a liberdade de escolha do indivíduo, sobre os mais variados aspectos da vida⁵³.

Dessa forma, para Maria Lúcia Karam, tais restrições políticas impostas pela lei afetam a noção de liberdade e, conseqüentemente, o próprio aperfeiçoamento humano. A juíza aposentada argumenta que o proibicionismo às drogas configura censura, instrumento de dominação disfarçado de boas intenções. Para ela, trata-se de:

discurso único que, permanecendo inquestionado, censura, desinforma e deseduca, ocultando fatos, demonizando substâncias e pessoas que com elas se relacionam e moldando opiniões conformistas e imobilizadoras⁵⁴.

Assim, essa política do proibicionismo às drogas é, de acordo com Karam, danosa aos direitos fundamentais e ameaça o modelo de Estado Democrático de Direito.

⁵² BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 08.

⁵³ GUIMARÃES, 2010, p. 72.

⁵⁴ Ibid., p. 72-73.

- Cabimento do princípio da insignificância

Uma nova discussão refere-se ao cabimento do princípio da insignificância quando houver apreensão de pequena quantidade de drogas no crime de uso. Aqueles que não admitem a aplicação desse princípio apontam, principalmente, para a natureza desse tipo de crime, a de perigo abstrato. Isaac Sabbá Guimarães expõe os argumentos dessa corrente no sentido de que *“não se pune tanto pelo potencial de dano que a conduta pode causar, mas, pelo desvalor do ato em si segundo a óptica da política criminal adotada”*⁵⁵. Assim, é irrelevante a capacidade da droga de produzir danos, basta a configuração da substância no rol daquelas que são proibidas.

Para os juristas que defendem a aplicação do princípio da bagatela, alguns se baseiam na razoabilidade, realizando uma ponderação das circunstâncias fáticas. Isaac Sabbá Guimarães defende a verificação da *“remota potencialidade de causar dano a bem jurídico tutelado pela lei, caracterizada pela pequena quantidade de droga”*. Isso porque, se a quantidade de droga não possui o condão de causar dano à saúde do seu possuidor, a condição de propagar-se entre terceiros seria ainda menor. Em segundo lugar, analisa-se *“o desvalor da culpabilidade”*, investigando se o agente *“com sua conduta, transgrediu, de maneira relevante, o senso comum que impõe a observância de uma conduta conforme o mínimo ético-jurídico que orienta a sociedade”*. Para exemplificar, o autor utiliza-se da situação em que o agente é instigado por terceiros a fazer uso da droga entre amigos, fato esse que poderia se enquadrar no desvalor da culpabilidade. Por último, o julgador deve atentar ao *“desvalor da conduta”*, entendido diante de uma situação onde a conduta ilícita não representa risco à sociedade.

⁵⁵ GUIMARÃES, 2010, p. 45.

Dessa forma, considerada a conduta insignificante em razão da ínfima quantidade de droga apreendida, bem como do desvalor da culpabilidade e da conduta, o princípio da insignificância poderia ser aplicado para considerar a conduta atípica e absolver o agente.

No capítulo seguinte, veremos a aplicação dessas teses doutrinárias na jurisprudência dos Juizados Especiais Criminais, nas Turmas Recursais e no Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 3 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.1. Juizados Especiais Criminais

O artigo 48 da Lei de Drogas determina que as infrações previstas no artigo 28 da referida lei serão processadas e julgadas nos termos do procedimento previsto nos artigos 60 e seguintes da Lei 9.099 de 1995, Lei dos Juizados Especiais. Dessa forma, o legislador evidenciou, explicitamente, o caráter de menor potencial ofensivo do crime de uso de drogas para consumo próprio.

Devido a essa previsão legal, seu procedimento obedecerá ao rito próprio do Juizado Especial Criminal. Sendo assim, lavrado o termo circunstanciado, o procedimento será encaminhado ao Ministério Público, que oferecerá ao infrator uma proposta de transação penal nos termos do artigo 48, parágrafo 5º da Lei 11.343/06 c/c artigo 76 da Lei 9.099/95. Nesses termos, a proposta deve ser de aplicação de uma das penas previstas nos incisos do artigo 28 da Lei de Drogas, quais sejam, a de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Trata-se de direito subjetivo do suposto Autor do Fato à transação penal, sendo ato voluntário. Contudo, o representante do Ministério Público poderá deixar de apresentar a proposta de transação penal caso esteja presente alguma das hipóteses previstas no parágrafo 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95, como, por exemplo, já ter sido o infrator condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença transitada em julgado.

Verifica-se que, na maioria dos casos, o infrator aceita o benefício da transação penal de mera advertência. Entretanto, caso o suposto Autor do Fato não aceite ou não tenha direito à transação penal, será denunciado pelo Ministério Público.

Nesse momento, ao julgar casos concretos, alguns magistrados, “*em atividade lógica interpretativa dos princípios norteadores do sistema jurídico*”⁵⁶, realizam controle incidental e difuso de constitucionalidade, deixando de aplicar o dispositivo existente.

No Estado do Rio de Janeiro, o Juizado Especial Adjunto Criminal de Barra do Piraí, Juizado Especial Adjunto Criminal de Barra Mansa, o I Juizado Especial Criminal de Campos dos Goytacazes, o I Juizado Especial Criminal de Volta Redonda e o IV Juizado Especial Criminal da Capital são alguns dos Juizados que já proferiram decisões no sentido da descriminalização ou inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Ocorre que, como já dito anteriormente, em todos os Juizados Especiais Criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o processo ainda é físico, impossibilitando o aprofundamento do estudo jurisprudencial em cada um deles. Por tal motivo, usaremos como exemplo o IV Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital.

Desde a entrada da Dra. Cintia Santarém Cardinali como juíza titular do IV JECRIM, a M.M. magistrada vinha rejeitando as denúncias sobre posse de drogas para uso pessoal oferecidas pelo Ministério Público.

Em sua decisão, a magistrada, inicialmente, constata a falta de clareza da Lei de Drogas em relação ao tratamento conferido à posse de entorpecentes:

ora parecendo realmente descriminalizar a sua conduta, já que afasta a possibilidade de pena privativa de liberdade e acentua o caráter terapêutico da abordagem, ora tratando-a como delito, por autorizar a persecução penal e a imposição de penalidades, ainda que diversas da prisão⁵⁷.

Logo após, a juíza traz o debate acerca da ciência médica e dos mitos sobre os efeitos do uso de entorpecente, esclarecendo que algumas

⁵⁶ BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 78.

⁵⁷ TJ/RJ, Ação Penal Pública Incondicionada nº 04005397-45.2015.8.19.0001. Juíza Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Data 29/03/2016.

substâncias entorpecentes, especialmente a *cannabis sativa*, mais conhecida como maconha, não causam somente malefícios a seus usuários, já tendo estudos que comprovam benefícios terapêuticos em seu uso não abusivo.

A decisão também expõe a contradição da legalização de substâncias psicoativas ou psicotrópicas como tabaco e álcool, que podem ser mais nocivas à saúde, causando maior dependência física e química do que, por exemplo, a maconha.

A magistrada ainda argumenta que a repressão às drogas, à qual são destinados vultuosos recursos econômicos, não vem apresentado eficácia, pelo contrário, o narcotráfico está cada vez maior e com mais poder. Por essa razão, para a juíza, impõe-se a necessidade urgente de repensar a política antidrogas e suas reais consequências, deixando de se ater somente às questões formais consagradas pela legislação.

A decisão toca, ainda, na questão da aplicação do princípio da insignificância que afasta a tipicidade da conduta quando a quantidade apreendida for ínfima, aduzindo que:

uma conduta somente pode ser considerada típica, atraindo a incidência do Direito Penal, quando além de se amoldar a determinado tipo sob o ponto de vista formal, também apresenta relevância material ou normativa, ou seja, ofende, ainda que minimamente, algum bem jurídico importante e de terceiro⁵⁸.

A magistrada mostra seu entendimento de que o dispositivo em questão não pode ser considerado, como o é por grande parte da doutrina, crime de perigo abstrato, tendo em vista que este somente se legitima para a defesa de direitos ou bens jurídicos coletivos ou difusos, “*quando o risco de determinadas atividade é por demais elevado*”⁵⁹. Sendo assim, a potencialidade de dano da conduta em comento deve ser concreta e real.

⁵⁸ TJ/RJ, Ação Penal Pública Incondicionada nº 04005397-45.2015.8.19.0001. Juíza Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Data 29/03/2016.

⁵⁹ Ibid., Data: 29/03/2016.

Ainda de acordo com a M.M. Juíza, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal ofende o princípio constitucional da lesividade contido no artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88, bem como o da intervenção mínima, pois:

somente os bens mais importantes podem ser selecionados para fins de proteção pelo Direito Penal, que é por natureza fragmentário e subsidiário, estando legitimado a intervir como ultima ratio, somente quando fracassem os outros meios de proteção a bens jurídicos tutelados⁶⁰.

Dessa forma, tratando-se de usuário de drogas, somente sua própria saúde estaria sendo lesada, permanecendo a conduta na esfera do direito à intimidade e vida privada. Sendo assim, é dever do Estado, ao invés de utilizar-se da repressão do Direito Penal, investir na prevenção, através de políticas públicas e tratamentos apropriados, melhorando o sistema de saúde para proporcionar um adequado tratamento ao qual o usuário, voluntariamente, poderia aderir. Tal argumento decorre do entendimento de que a persecução penal não gera qualquer contribuição para a alegada proteção do bem tutelado pelo dispositivo, qual seja a saúde pública.

Além disso, é trazido o argumento de que o desconhecimento das formas mais seguras de consumir tais substâncias intensifica os danos à saúde do usuário, motivo pelo qual só se enfatiza a necessidade de legalização e fornecimento de informações pelo Estado.

Por fim, a magistrada argumenta que não é aceitável “*que se debite da conta do mero usuário todo o flagelo do narcotráfico*”⁶¹, tendo em vista que este somente existe em decorrência da criminalização do uso de drogas.

Diante de toda a argumentação exposta, a magistrada considera o artigo 28 da Lei 11.343/06 inconstitucional por violar, dentre outros, o artigo 5º, inciso X da CRFB/88, que se refere ao direito à intimidade e vida privada. Dessa forma, a M.M. Juíza considera a conduta atípica, rejeitando

⁶⁰ TJ/RJ, Ação Penal Pública Incondicionada nº 04005397-45.2015.8.19.0001. Data 29/03/2016.

⁶¹ Ibid., 2016.

a denúncia oferecida pelo Ministério Público por entender ausente a justa causa necessária para o exercício da ação penal.

Em razão dessa decisão, o Ministério Público do IV JECRIM vinha interpondo recurso de apelação para que as Turmas Recursais revissem a decisão da magistrada. Em síntese, os principais argumentos utilizados pelo órgão acusatório são que a conduta em questão lesiona ou expõe a perigo de lesão bem jurídico penalmente tutelado, não cabendo ao magistrado deixar de aplicar o comando normativo por entender que a conduta não ofende os bens jurídicos, principalmente diante da ausência de conhecimentos científicos necessários para basear seu entendimento. Dessa forma, somente o Poder Legislativo, através da criação de uma nova lei, poderia revogar o dispositivo, não servindo o argumento de ineficácia da lei para autorizar seu descumprimento⁶².

Ocorre que, no início de 2016, o Ministério Público do IV JECRIM alterou, em parte, seu posicionamento, deixando de oferecer denúncia quando a quantidade de substância entorpecente apreendida com o agente fosse inferior a dois gramas, aplicando o entendimento de que tal quantidade *“não apresenta nenhuma relevância que gere qualquer ameaça à saúde do próprio agente ou à incolumidade pública e não representa ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora”*⁶³, motivo pelo qual aplicou-se o princípio da insignificância para arquivar o processo.

No entanto, com a saída da Dra. Cintia Santarém Cardinali do IV Juizado Especial Criminal, em abril de 2016, o Juiz atualmente em exercício passou a receber as denúncias do Ministério Público, por entender dever ser aplicado o artigo 28 da Lei 11.343/06 independentemente da quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do usuário.

⁶² TJ/RJ, Recurso de Apelação no Processo nº 0285704-67.2015.8.19.0001. Juíza Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Data 06/04/2016.

⁶³ Manifestação do Ministério Público presente em documento-modelo obtido no Ministério Público junto ao IV JECRIM em 28 de março de 2016.

3.2. Turmas Recursais

Desde a criação da Lei 11.343 de 2006, as Turmas Recursais Criminais vêm recebendo apelações que questionam a constitucionalidade e tipicidade do artigo 28 da citada lei. Tais recursos são apresentados ora pelo Réu, buscando rever a sentença que o condenou em primeiro grau, ora pelo Ministério Público, inconformado com a decisão do magistrado que rejeitou a Denúncia ou com a sentença de absolvição sumária, todas proferidas em sede dos Juizados Especiais Criminais.

De acordo com o sistema de busca do site do TJ/RJ⁶⁴, o primeiro recurso analisado pelas Turmas Recursais do Rio de Janeiro que debateu essa questão foi a Apelação Criminal nº 0347694-74.20006.8.19.0001⁶⁵, julgada em abril de 2007 e originada do IV Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital. Nesta, o Ministério Público apelou em razão de ter sido rejeitada, pelo juiz de primeiro grau, a proposta de transação penal sob o argumento de que o artigo 28 da Lei de Drogas não constitui ilícito penal, mas tão somente uma mera infração administrativa, não sendo sua aplicação de competência dos Juizados Criminais.

O Relator deste recurso, Juiz Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez, deu provimento ao recurso do Ministério Público anulando a decisão de rejeição da proposta de transação penal. Em seu voto, o magistrado declarou que a Lei 11.343/06 não descriminalizou a posse de drogas para uso próprio, mesmo tendo deixado de prever pena privativa de liberdade para este delito. Isso porque, para o Ilmo. Juiz, não há amparo em nosso ordenamento jurídico de que a ausência de previsão de pena privativa de liberdade configuraria uma mera infração administrativa, ainda mais em vista das diretrizes do Direito Penal moderno, que procura determinar

⁶⁴ A Apelação Criminal n. 0347694-74.20006.8.19.0001 é a primeira encontrada no sistema de busca do TJ/RJ, entretanto, não é possível determinar se existem apelações anteriores a esta que, sendo processos físicos, não foram digitalizadas e incluídas no sistema de consulta do tribunal.

⁶⁵ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0347694-74.20006.8.19.0001. Rel. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez, Rio de Janeiro, Julgamento: 27/04/2017.

penalidades alternativas para os delitos de menor potencial ofensivo, sem que isso deixe de configurar ilícitos penalmente puníveis. Por isso, mesmo que o artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal Brasileiro considere crime apenas as infrações apenadas com reclusão ou detenção, esse artigo, datado de 1941, não teria sido recepcionado pela CRFB/88, já que esta prevê, em seu artigo 5º, inciso XLVI, um rol meramente exemplificativo das espécies de penas permitidas, incluindo penas não privativas de liberdade. Esse dispositivo constitucional evidencia que a previsão de sanções alternativas não retira a punição do ilícito no âmbito penal. Outro argumento por ele trazido foi o fato de que o dispositivo questionado encontra-se inserido no capítulo intitulado “Dos Crimes e das Penas” o que, por si só, evidenciaria sua natureza de ilícito penal.

Já quanto ao argumento trazido na r. sentença recorrida de que a incriminação do uso de drogas para consumo pessoal seria inconstitucional diante de uma deficiência na valoração de bens constitucionalmente protegidos – de um lado a liberdade individual e, de outro, a saúde pública –, o Exmo. Juiz nega a violação a qualquer princípio constitucional, como o da proporcionalidade ou razoabilidade. Para ele, a opção do legislador de prever uma pena não restritiva de liberdade seria, por si só, uma harmonização e ponderação dos princípios em questão, já que, por um lado a pena foi flexibilizada, evitando-se o encarceramento e, por outro, não foi retirada a ofensividade da conduta tipificada, havendo um juízo de valoração entre a liberdade e a necessidade de proteção à saúde pública.

Por tais fundamentos, o Relator conclui que não se pode negar a natureza de ilícito penal do delito *sub judice*, pois a cominação de penas alternativas de direito estaria em perfeita consonância com o ordenamento penal moderno, não tendo a Lei 11.343/06 descriminalizado a conduta, ou seja, não houve *abolitio criminis*, mas apenas *reformatio legis in mellius*. Este é o entendimento que, até o final do ano de 2015, preponderou, quase unanimemente, entre os juízes das Turmas Recursais Criminais.

Por outro lado, o ilustre Juiz Juarez Costa de Andrade trouxe seu entendimento nas Apelações Criminais nº 0048503-98.2006.8.19.0001 e 007790-11.2007.8.19.0026⁶⁶, julgadas em 20 de junho de 2008, além de outras apelações posteriormente julgadas⁶⁷, afirmando que a previsão do inciso I do artigo 28 da Lei de Drogas, que dispõe sobre a aplicação de advertência sobre os efeitos das drogas, não pode ser considerada sanção penal. Para ele, a admoestação verbal seria apenas uma medida socioeducativa, de caráter pedagógico e, como tal, nem mesmo precisaria do judiciário para ser aplicada, além de não impedir a posterior obtenção dos benefícios da transação penal e suspensão condicional do processo, ao contrário da previsão do inciso II, que traz uma medida penalizadora, a prestação de serviços à comunidade.

Dessa forma, o magistrado aduziu que o dispositivo é típico, no entanto, em regra, o usuário não deve ser sancionado penalmente, somente o sendo em caráter eventual e excepcional quando a advertência já tiver sido aplicada diversas vezes, evidenciando que a mesma não vem surtindo efeitos para aquele usuário.

Nesse sentido, o XXI FONAJE, Fórum Nacional de Juizados Especiais, consagrou, no Enunciado 95⁶⁸, o entendimento de que as sanções cominadas para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas não possuem gradação gravosa, devendo a escolha da sanção aplicável se dar diante da relação do usuário com a droga e não diante da existência de maus antecedentes ou reincidência. Assim, a princípio, aplica-se somente a advertência, mas, diante de uma análise multidisciplinar, podem ser

⁶⁶ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0048503-98.2006.8.19.00001. Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008;

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 007790-11.2007.8.19.0026, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008.

⁶⁷ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0017327-98.2006.8.19.0209, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 13/02/2009;

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0011192-86.2007.8.19.0063, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 13/02/2009.

⁶⁸ XXI FONAJE. A abordagem individualizada multidisciplinar deve orientar a escolha da pena ou medida dentre as previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não havendo gradação no rol. Vitória: Enunciado 95... Espírito Santo: Fórum Nacional dos Juizados Especiais, 2007.

aplicadas as demais medidas previstas, inclusive cumulativamente, se o juízo entender necessárias ao caso concreto⁶⁹. Tal entendimento vem sendo unanimemente aplicado nos julgamentos pela Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro.

Nesta mesma data, 20 de junho de 2008, a Apelação Criminal nº 0013320-30.2006.8.19.0001⁷⁰ foi julgada em favor do Apelante, Réu condenado em primeira instância pela imputação do artigo 28 da Lei de Drogas. O Relator Dr. Ronaldo Leite Pedrosa evidenciou o entendimento do STF, que declarou, no informativo nº 456, que será melhor analisado no próximo subcapítulo, a tipicidade da conduta prevista no dispositivo em questão, todavia, o Relator posicionou-se pela atipicidade da conduta quando se tratar de quantidade ínfima de droga. Tal entendimento se baseia no princípio da insignificância, que deve ser aplicado quando a lesividade ao bem jurídico tutelado é ínfima, havendo uma exclusão da tipicidade material do fato. Dessa forma, para o magistrado, quando a quantidade de entorpecente apreendida não reúne capacidade ofensiva, não se poderia falar em infração ou conduta penalmente relevante, não sendo adequada a aplicação de qualquer medida penalizadora. Assim, de acordo com o Ilmo. Juiz, para consumir a infração de posse de drogas, deve ser constatada a periculosidade do objeto material da conduta. Por tais fundamentos, o Exmo. Relator deu provimento ao recurso no sentido de reformar a sentença condenatória, declarando a atipicidade do fato em decorrência da insignificância da quantidade de droga apreendida.

Contudo, o julgado do Exmo. Relator Ronaldo Leite Pedrosa se mostrou isolado em relação aos demais julgados, não havendo qualquer outra aplicação do princípio da insignificância até o ano de 2016. Nesse sentido, a aplicação do princípio da bagatela foi afastada em diversos

⁶⁹ Nesse sentido a Apelação Criminal nº 007568-66.2008.8.19.0007.

TJ/RJ, Apelação Criminal nº 007568-66.2008.8.19.0007, Rel. Joaquim Domingos de Almeida Neto, Rio de Janeiro, Julgamento: 17/06/2011.

⁷⁰ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0013320-30.2006.8.19.0001, Rel. Ronaldo Leite Pedrosa, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008;

recursos⁷¹ sob o argumento de que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em questão é a saúde coletiva e não somente a saúde do usuário de drogas ora enquadrado. Para os que assim se posicionaram, a conduta configura crime de perigo social presumido devido à circulação de substâncias entorpecentes que causam sério risco à sociedade, por isso, o objetivo da criminalização da posse de drogas é reprimir e desencorajar essa circulação. Dessa forma, não se poderia falar em insignificância da saúde da coletividade, o que afasta a aplicação do princípio da bagatela.

Outro argumento utilizado por diversos juízes integrantes das Turmas Recursais Criminais do Rio de Janeiro é o fato de que o legislador não previu quantidade mínima de entorpecente apreendido para a configuração do delito, não podendo o juiz usurpar essa função do legislativo. No mais, o legislador optou por configurar como “*para consumo pessoal*” justamente a posse de pequena quantidade de droga, já que aqueles que portam maiores quantidades de entorpecente são responsabilizados mais severamente pelo artigo 33 da Lei 11.343/06. Assim, foram reservadas medidas mais brandas aos que portam quantidades menores de droga, não podendo essa justificativa servir para buscar a atipicidade da conduta.

Em junho de 2014, na Apelação 0028191-47.2012.8.19.0061⁷², um magistrado integrante da Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro votou pela atipicidade da conduta de portar drogas para consumo pessoal e inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, contudo, restou

⁷¹ Alguns julgados nesse sentido: TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0048503-98.2006.8.19.0014, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0009908-57.2007.8.19.0026, Rel. Marcelo Castro Anatocles da Silva Ferreira, Rio de Janeiro, Julgamento: 05/02/2010; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0002555-14.2007.8.19.0010, Rel. Andre Ricardo de Franciscis Ramos, Rio de Janeiro, Julgamento: 26/03/2010; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0037321-18.2006.8.19.0014, Rel. Andre Ricardo de Franciscis Ramos, Rio de Janeiro, Julgamento: 24/01/2011; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0015432-27.2007.8.19.0061, Rel. Marcel Laguna Duque Estrada, Rio de Janeiro, Julgamento: 18/02/2011; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0275351-41.2010.8.19.0001, Rel. Cezar Augusto Rodrigues Costa, Rio de Janeiro, Julgamento: 10/06/2011; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 03631-90-07.2010.8.19.0001, Rel. Sandra Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 17/06/2011.

⁷² TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0028191-47.2012.8.19.0061, Rel. Carlos Augusto Borges, Rio de Janeiro, Julgamento: 16/06/2014.

vencido pelo voto dos demais membros, que declararam a tipicidade e constitucionalidade do dispositivo. Em seu voto vencido, a MM. Juíza Cintia Santarém Cardinali, Presidente da 2ª Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro, nos mesmos termos das decisões de rejeição da denúncia por ela proferidas em sede do IV Juizado Especial Criminal, de onde era titular à época, argumentou pela falta de clareza da Lei 11.343/06, tratamento controverso dado às drogas lícitas como álcool e tabaco, comprovações científicas de que a *cannnabis* pode gerar benefícios medicinais e terapêuticos aos seus usuários, além da aplicação do princípio da insignificância, entre outros argumentos já indicados no subtítulo anterior.

Dessa forma, para a magistrada, a persecução penal, neste caso, configuraria, na verdade, uma violação ao direito à intimidade e vida privada, previstos no artigo 5º, inciso X da CF/88 e garantidores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88).

Tal posição foi reafirmada em outros julgados⁷³, acrescentando, a magistrada, o argumento já trazido em sede de Juizado de que não se pode falar em crime de perigo abstrato para o artigo 28 da Lei 11.343/06, devendo a potencialidade de dano ser concreta e real, o que não se evidencia na conduta de portar drogas para uso pessoal.

O posicionamento da Juíza Cintia Santarém Cardinali foi contestado pela Juíza Claudia Marcia Gonçalves Vidal em seu voto na Apelação Criminal nº 0024176-03.2012.8.19.0007⁷⁴. Para a Dra. Claudia Vidal, o

⁷³ Alguns dos julgados:

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0014377-96.2013.8.19.0007, Rel. Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0006096-88.2012.8.19.0007, Rel. Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0000775-96.2013.8.19.0020, Rel. Carlos Fernando Potyguara Pereira, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.; TJ/RJ, Apelação Criminal n. 2179425-02.2011.8.19.0021, Rel. Carlos Fernando Potyguara Pereira, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.; TJ/RJ, Apelação Criminal nº 0013166-25.2013.8.19.0007, Rel. Carlos Augusto Borges, Rio de Janeiro, Julgamento: 28/07/2014.

⁷⁴ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0024176-03.2012.8.19.0007, Rel. Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 01/07/2014.

artigo 28 da Lei de Drogas é perfeitamente típico e constitucional, sendo necessário ao combate ao tráfico de entorpecentes, já que o usuário é quem fortalece o tráfico por ser o consumidor da droga. Nesse teor, sustenta que *“Afirmer que a saúde pública não se vê em risco, ou ainda, que o seu uso não tem potencialidade lesiva a terceiros, é olhar para o consumo dissociado do mundo que o sustenta”*. Outro argumento por ela rechaçado é que a ineficiência da *“política de guerra às drogas”* não é motivo suficiente para a descriminalização da conduta em tela, apontando para o fato de que o Estado vem se preocupando com o atendimento multidisciplinar de dependentes de droga. Além disso, a magistrada argumenta que não se pode falar que a hipótese se restringe à autolesão e, por esse motivo, não poderia ser punida, isto porque a conduta geraria, na sociedade, *“efeitos nocivos produzidos em cadeia pela droga”*, inclusive porque viciados, para se manterem no vício, muitas vezes cometem roubos e furtos. Por fim, a MM Juíza afasta a inconstitucionalidade do dispositivo que incrimina a posse de drogas para uso pessoal, pois, para ela, o direito à inviolabilidade da intimidade e vida privada *“não é absoluto, quando do outro lado temos uma ameaça social”*, negando, também, a violação ao princípio da dignidade humana, diante da proteção à segurança da coletividade.

Já ao final do ano de 2014, a Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro se posicionou sobre dois novos argumentos trazidos pela Defensoria Pública junto ao IV Juizado Especial da Comarca da Capital para a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo incriminador da posse de drogas para uso pessoal. Segundo o relatório proferido no julgamento da Apelação Criminal nº 0430600-77.2013.8.19.0001⁷⁵, o referido órgão de defesa afirma que a citada norma violaria o princípio da legalidade, tendo em vista que tal tipo penal seria uma norma em branco heterogênea e, como tal, exigiria complemento. Entretanto, de acordo com as contrarrazões apresentadas, a Portaria da ANVISA que complementou e regulou a matéria

⁷⁵ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0430600-77.2013.8.19.0001. Rel. Nearis dos Santos Carvalho Arce, Rio de Janeiro, Julgamento: 10/11/2014.

não obedeceu ao processo legislativo exigido para a criação de uma lei, obedecendo, tão somente, às normas procedimentais para a criação de uma Portaria. Por esse motivo, a norma penal do artigo 28 da Lei de Drogas fere o princípio da legalidade, tendo em vista que seu complemento não procede de uma norma criada conforme o devido processo legislativo, mas sim de uma mera portaria emanada do Poder Executivo.

O segundo novo argumento trazido para fundamentar a atipicidade da conduta foi a aplicação da Teoria da Adequação Social, concebida por Hans Welzel. Segundo essa teoria, apesar de uma conduta se adequar ao modelo previsto legalmente, não será típica se for socialmente adequada ou reconhecida, ou seja, se estiver de acordo com a ordem social. Nesse sentido, o Direito Penal deveria se adequar à realidade vigente, aos costumes sociais e à consciência coletiva, devendo a lei ser interpretada *pro societate*. Assim, no entendimento da Defensoria Pública, a sociedade não estaria mais interessada em punir os usuários de droga por não visualizar potencial ofensivo em suas condutas, já inseridas em seu cotidiano.

A M.M. Juíza Relatora da Apelação em questão, Dra. Nearis dos Santos Carvalho Arce, declarou seu entendimento no sentido da não existência de ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no artigo 225, parágrafo 1º, inciso V, a obrigatoriedade do Poder Público de “*controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”. A Exma. Magistrada traz, também, ao seu voto, o disposto no artigo 7º, inciso III, da Lei 9.782/99⁷⁶, lei reguladora da atuação da ANVISA, que determina a competência desta agência para proceder à implementação e execução das atribuições da União, no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância

⁷⁶ Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária.

Sanitária, para normatizar, controlar e fiscalizar substâncias de interesse para a saúde, devendo, para isso, estabelecer normas, entre outras medidas por lei determinadas. Nessa linha, a Relatora afirma que a norma da ANVISA que regulou a matéria de que trata o artigo 28 da Lei de Drogas teria sido expedida de forma a cumprir a responsabilidade estatal de defender os interesses sociais, zelando pela proteção da saúde pública. Assim, para a Exma. Juíza, a Lei de Drogas “*reproduziu tal dispositivo quando instituiu o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, assegurando à ANVISA ampla competência na área regulamentada*”, não podendo se falar em qualquer ofensa ao princípio da legalidade nesta hipótese, já que tal legislação “*vem regulamentar uma matéria que em alguns casos, demanda soluções pontuais, que só poderiam ser efetivadas por órgãos técnicos*”. Quanto ao argumento da Teoria da Adequação trazido pela Defensoria Pública, o voto da Relatora foi omissivo, não debatendo tal questão.

Essa última tese de defesa da inconstitucionalidade do já citado dispositivo somente foi enfrentada pelo Exmo. Juiz Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro, na Apelação Criminal nº 0191633-44.2013.8.19.0001⁷⁷. Para o ilustre Relator, não há que se falar em aplicação da Teoria da Adequação Social neste caso, pois, para ele:

se a sociedade aceitasse tal conduta, mesmo assim haveria reprovação penal, já que a mesma se encontra tipificada no Art. 28 da Lei 11.343/06, em preceito incriminador, e acolher o referido princípio seria negar vigência ao ordenamento jurídico hodierno.

No mesmo sentido se posicionou a M.M. Magistrada Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto, na Apelação Criminal nº 0005530-71.2014.8.19.0007⁷⁸ ao afirmar que:

⁷⁷ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0191633-44.2013.8.19.0001, Rel. Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro, Rio de Janeiro, Julgamento: 11/11/2014.

⁷⁸ TJ/RJ, Apelação Criminal nº 0005530-71.2014.8.19.0007, Rel. Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto, Rio de Janeiro, Julgamento: 08/07/2015.

o ordenamento jurídico brasileiro não abarca a revogação de dispositivos em razão do costume, logo, não há que se falar em exclusão de ilicitude da r. prática de contravenção diante de sua disseminação social, eis que o artigo que a prevê e penaliza encontra-se em vigência.

Já em outubro de 2015, a Exma. Juíza Daniella Alvarez Prado proferiu voto no sentido de negar provimento à Apelação nº 0040575-23.2015.8.19.001 interposta pelo Ministério Público, mantendo a decisão do Juizado Especial Criminal que rejeitou a denúncia oferecida. No voto da magistrada, esta afirma que a Lei 11.343/06 optou por prever medidas despenalizadoras para a conduta em julgamento, seguindo uma tendência mundial “*voltada à compreensão do fenômeno a partir da perspectiva da vulnerabilidade do usuário de entorpecentes*”. Defende, também, a aplicação do princípio da insignificância diante do porte de quantidade ínfima de entorpecente, incapaz de lesionar o bem jurídico tutelado. Por fim, ressalta o caráter subsidiário do Direito Penal, que somente pode ser aplicado quando a lesão ao bem jurídico for grave. Nesses termos, a magistrada defende que o artigo em comento viola o direito fundamental à autonomia privada, votando pela manutenção da decisão recorrida por estar ausente a justa causa para o recebimento da denúncia. Entretanto, a Exma. Juíza Daniella Alvarez Prado restou vencida pela turma, que deu provimento ao Apelo Ministerial.

Em dezembro de 2015, o Exmo. Juiz Manoel Tavares Cavalcanti restou vencido na Apelação Criminal nº 0000172-91.2015.8.19.0007⁷⁹, na qual era Relator, por defender a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06. O M.M. Juiz evidenciou que o STF vem se posicionando, no julgamento do RE 635.659, no caminho da declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo. Em sua fundamentação, o Relator traz os argumentos utilizados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Luis Roberto Barroso e Edson Fachin que, em suma, defendem que a conduta em exame trata-se apenas de autolesão, dizendo respeito à

⁷⁹ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0000172-91.2015.8.19.0007, Rel. Manoel Tavares Cavalcanti, Rio de Janeiro, Julgamento: 10/12/2015.

intimidade do agente e, por isso, deve ser tratada no campo da saúde pública, sendo desproporcional e exagerada a interferência do Direito Penal. Por tais fundamentos, o Exmo. Relator segue o entendimento dos citados Ministros de que a incriminação da posse de drogas para uso pessoal seria inconstitucional por violar o direito à privacidade, à autonomia individual e o princípio da proporcionalidade. No entanto, como já dito, seu voto restou vencido.

Já em janeiro de 2016 a Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a sentença que absolveu o acusado pela prática da conduta descrita no artigo 28 da Lei de Drogas. Tal fato se deu no julgamento da Apelação Criminal nº 0290346-83.2015.8.19.0001⁸⁰, na qual foi vencida a Dra. Yedda Christina, que votou no sentido de dar provimento ao recurso do Ministério Público para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, condenando o réu pela posse de drogas para consumo pessoal. Em seu voto, o Dr. Relator Juarez Costa de Andrade defendeu, inicialmente, que não há ofensa ao princípio da legalidade no artigo 28 da Lei 11.343/06, por este ser norma penal em branco regulamentada por portaria da ANVISA, tendo em vista a frequente necessidade de atualização da lista que prevê o rol das substâncias ilícitas sendo necessário que essa atualização seja feita *“por órgãos especializados, não possuindo os legisladores o conhecimento técnico para determinar se específica substância causa dano à saúde”*.

Entretanto, quanto ao mérito, o magistrado entendeu não assistir razão ao Ministério Público, argumentando pela subsidiariedade do Direito Penal que *“não deve se preocupar com condutas cujo resultado não represente prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado ou da própria ordem social”*, aduzindo que a quantidade de entorpecente apreendida não é capaz de causar dependência química, devendo ser

⁸⁰ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0290346-832015.8.19.0001, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento 29/01/2016.

aplicado o princípio da insignificância. Nesses termos, a não aplicação do princípio da insignificância ao usuário de drogas vai em desconformidade aos princípios da intervenção mínima e fragmentariedade, já que a política social governamental estaria se valendo do âmbito criminal para *“tentar solucionar problemas administrativos que o Estado não consegue resolver administrativamente mediante o emprego de ações positivas efetivas para prevenir e reprimir o consumo de drogas ilícitas”*.

Aduz o Relator haver ofensa, também, ao princípio da lesividade, uma vez que *“para que uma conduta seja considerada criminosa é necessário que exista uma lesão ou perigo de lesão efetivo a um bem jurídico alheio”* e, para o magistrado, a conduta do portador usuário de drogas não gera lesão ao bem jurídico em tese protegido pela norma, configurando sua conduta somente uma autolesão. Ademais, seu voto traz o entendimento de que o princípio da adequação social deva ser aplicado ao caso em foco, já que *“o direito é fato, valor e norma”* e *“a sociedade não possui mais interesse na punição do usuário de drogas, sendo a conduta do denunciado socialmente adequada ou reconhecida”*. Outro argumento trazido pelo Juiz é a violação ao princípio constitucional da igualdade, pois o artigo 28 da Lei 11.343/06 estaria trazendo um *“tratamento desigual ao usuário de drogas ilícitas quando comparado ao usuário de drogas lícitas”*, se referindo à ausência de criminalização do consumo de álcool. O Relator afirma, ainda, haver violação aos princípios constitucionais da Intimidade e Vida Privada já que o Estado estaria atropelando garantias fundamentais ao interferir nas opções exclusivamente pessoais dos indivíduos.

A partir desse julgamento, surgiram novos votos vencedores que negaram provimento à Apelação do Ministério Público para manter a sentença absolutória proferida em primeiro grau, como na Apelação

Criminal nº 0008305-33.2012.8.19.0006⁸¹, na qual restou vencido o Relator Alberto Salomão Júnior.

Em abril de 2016, na Apelação Criminal nº 0009934-71.2014.8.19.0006⁸², a turma mais uma vez negou provimento ao Apelo Ministerial mantendo a decisão proferida em sede do Juizado Especial Criminal e rejeitando a Denúncia oferecida pelo Ministério Público quanto à imputação do artigo 28 da Lei de Drogas. Nessa Apelação, o Juiz Relator Juarez Costa de Andrade enfrentou o argumento dos defensores da constitucionalidade do dispositivo de que o legislador teria optado por ponderar tais valores com a saúde pública, prevalecendo esta ao final, o M.M. Relator diz que a criminalização da posse de drogas não se justifica *“como medida de proteção ao bem jurídico saúde pública, que, ao cabo, é constituído pela saúde de quem faz uso de drogas”*, não podendo, o Estado, *“tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los”*. Aponta ainda, para a ofensa aos princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, evidenciando, por fim, a tendência do STF no sentido da inconstitucionalidade do citado dispositivo, tendo em vista o voto já proferido por Ministros da Suprema Corte no RE 635.659.

A partir desses últimos julgados aqui referidos, observa-se que o entendimento das Turmas Recursais do Rio de Janeiro pela inconstitucionalidade do dispositivo vem se reiterando. Tal alteração no entendimento da Turma pode ser justificada por dois fatos, o primeiro é o posicionamento de Ministros do Superior Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, como se verá mais detalhadamente no próximo subcapítulo, já o segundo fato é a mudança dos integrantes da Turma.

⁸¹ TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0008305-33.2012.8.19.0006, Rel. Alberto Salomão Júnior, Rio de Janeiro, Julgamento: 17/02/2016.

⁸² TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0009934-71.2014.8.19.0006, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 06/04/2016.

Quanto a esse segundo ponto, importa observarmos que a modificação dos juízes integrantes das Turmas Recursais, bem como dos Juizados Especiais Criminais, gera a alteração do entendimento do próprio órgão do judiciário, o que gera uma enorme insegurança jurídica aos indivíduos e, principalmente, advogados, tendo em vista que o resultado das ações e apelações dependerá do juiz que irá julgá-las, não havendo qualquer pacificação ou previsibilidade nos órgãos sobre o tema⁸³.

Assim, por mais que recentemente tenha aumentado o número de magistrados que votam pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, como os Ilmos. Magistrados Cintia Santarém Cardinali, Juarez Costa de Andrade, Manoel Tavares Cavalcanti, Rosana Navega Chagas e Daniella Alvarez Prado, o tema ainda é bastante controverso nas Turmas Recursais Criminais do Rio de Janeiro, havendo votos tanto pela constitucionalidade, como pela inconstitucionalidade.

Ressalta-se, por fim, que a Defensoria Pública junto às Turmas Recursais Criminais buscou sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo *sub judice* alegando a violação ao direito de intimidade e vida privada, insculpido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, quando tal tese não era trazida pelo Apelante ou Apelado. A abertura dessa discussão se dá com o objetivo de trazer o pré-questionamento da inconstitucionalidade dessa norma infraconstitucional para que, posteriormente, fosse possível recorrer do acórdão ao Supremo Tribunal Federal.

⁸³ Para que fosse possível melhor observar as modificações de entendimento dos órgãos do judiciário e suas causas, optamos por nomear os juízes e desembargadores ao citar suas decisões e votos. Dessa forma, podemos perceber que a alteração da composição dos magistrados pode vir a gerar a modificação do posicionamento do órgão.

3.3. Supremo Tribunal Federal

Em fevereiro de 2007 o Supremo Tribunal Federal julgou uma Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105⁸⁴ no qual o Ministério Público figurava como recorrente contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que julgou ser o Juizado Especial Criminal o competente para processar e julgar o crime de uso de drogas, à época dos fatos previsto no artigo 16 da Lei 6.369/76. Em decorrência da superveniência da Lei 11.343/06, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence submeteu à Primeira Turma a Questão de Ordem relativa à eventual extinção da punibilidade do fato tendo em vista a previsão do artigo 107, inciso III do Código Penal, que prevê a extinção da punibilidade pela retroatividade de lei que não mais considera o fato criminoso.

Em seu voto, o Ministro Relator discorda do posicionamento dos doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches de que o crime então previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 teria natureza de infração penal *suis generis*. Para o Relator, a conduta anteriormente prevista no artigo 16 da Lei 6.368/76 continuou a ser crime sob a previsão da Lei 11.343/06. Em seus argumentos, o Ministro inicialmente afasta o fundamento de que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais impediu que a Lei 11.343/06 criasse crime sem impor pena privativa de liberdade. Para ele, a LICP, lei anterior à Constituição Federal de 1988, foi recepcionada por essa como legislação ordinária, limitando-se a diferenciar crime de contravenção penal. Dessa forma, uma lei ordinária posterior, como a 11.343/06, pode adotar novos critérios gerais de distinção ou mesmo estabelecer pena diversa da privativa de liberdade para determinado crime, estando em plena conformidade com o artigo 5º, incisos XLVI e XLVII da CRFB/88.

⁸⁴ STF, Questão de Ordem no RE 430.105, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento: 12/02/2007.

Outro argumento utilizado pelo Exmo. Relator é o fato de que não se pode presumir que o legislador teria cometido um erro desproposital ao incluir as infrações relativas ao usuário de drogas no capítulo intitulado “Dos Crimes e das Penas”. Em seu voto, é exibido parte do relatório apresentado pelo deputado relator do Projeto da Lei em questão, em que se afirma a escolha proposital por colocar o crime de usuário no título reservado à prevenção do uso de drogas, eliminando a previsão de pena privativa de liberdade para o usuário, sem que tal inovação signifique a descriminalização da referida conduta.

O Ministro traz, ainda, outros argumentos para embasar sua tese, afirmando que a previsão para essa conduta de prescrição e reincidência, bem como a fixação do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, denota que não ocorreu a *abolitio criminis* da posse de drogas para uso pessoal. Dessa forma, para o Ministro Relator o que houve foi a despenalização da conduta, entendida como a exclusão de penas privativas de liberdade para o tipo. Os demais integrantes da Primeira Turma, Ministro Carlos Britto, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Marco Aurélio seguiram o voto do Relator. Tal entendimento restou consolidado no informativo n. 456 do STF.

Quanto ao cabimento do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal, este vem sendo utilizado, desde 2007, para defender a atipicidade da posse de drogas para uso próprio quando se trata de quantidade ínfima de entorpecente. Os primeiros recursos dirigidos ao STF que levantaram essa questão tratavam de crime militar por porte de substância entorpecente (artigo 290 do CPM), apenado com medida privativa de liberdade, requerendo a aplicação do princípio da insignificância, bem como a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06, fazendo retroagir a norma mais benéfica, de acordo com o artigo 5º, inciso XL da CRFB/88. Diante de tais argumentos, a Suprema Corte, ponderando entre o princípio da especialidade da lei penal militar e o princípio da

dignidade humana, chegou a aplicar a retroatividade da norma mais benéfica, fazendo incidir o artigo 28 da Lei de Drogas, ao invés do dispositivo previsto no Código Penal Militar, excluindo a incidência da pena privativa de liberdade. Quanto ao princípio da insignificância, o STF aplicou-o com base na mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica⁸⁵. Contudo, tal entendimento não se demonstrou unânime na Corte, havendo diversas decisões negando a aplicação do princípio da bagatela, bem como indeferindo a retroatividade da lei mais benéfica diante da especialidade da norma militar⁸⁶.

Em decorrência da diversidade de posicionamentos sobre o tema acima referido, em outubro de 2010 foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal o HC 103.684/DF⁸⁷. Trata-se de remédio constitucional impetrado contra o Superior Tribunal Militar, que manteve a condenação de reclusão pelo delito insculpido no artigo 290 do Código Penal Militar. O impetrante defende a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a inexpressiva quantidade de entorpecente na posse do paciente. O Relator Ministro Ayres Britto estabeleceu como questão principal o fato de a posse de reduzida quantidade de entorpecente dentro de estabelecimento militar constituir, ou não, algo penalmente relevante, autorizando, ou não, a aplicação do princípio da insignificância. Explica o Relator que:

⁸⁵ Alguns julgados nesse sentido:

STF, HC 92.961/SP – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau – Segunda Turma, Julgamento: 11/12/2007; STF, HC 93.822 MC/SP – São Paulo – Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 20/02/2008; STF, HC 94.085 MC/SP – São Paulo – Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 28/03/2008; STF, HC 94.809/RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Celso de Mello, – Segunda Turma, Julgamento: 12/08/2008; STF, HC 91.074/SP – São Paulo – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Segunda Turma, Julgamento: 19/08/2008.

⁸⁶ Alguns julgados nesse sentido: STF, HC 91.759/MG – Minas Gerais – Rel. Min. Menezes Direito – Primeira Turma, Julgamento: 09/10/2007; STF, HC 92.462/RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Cármen Lúcia – Primeira Turma, Julgamento: 23/10/2007; STF, HC 94.074 MC/DF – Distrito Federal – Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Julgamento: 14/03/2008; STF, HC 94.583/MS – Mato Grosso do Sul – Rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento: 07/05/2008; STF, HC 98.519/RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Cármen Lúcia – Primeira Turma, Julgamento: 09/11/2010.

⁸⁷ STF, HC 103.684/DF – Distrito Federal – Rel. Min. Ayres Britto – Julgamento: 21/10/2010.

o postulado da insignificância penal é tratado como valor interpretativo do tipo penal. Valor interpretativo que exclui da abrangência do Direito Penal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado por esse tipo de Direito⁸⁸.

O Relator alega que, para a discussão dessa questão, não importa a quantidade ou tipo de entorpecente, mas sim a relação jurídica entre o portador da droga e a instituição militar de que faz parte e onde o delito ocorreu. Diante dessa relação, não se pode operar o instituto da insignificância penal, pois trata-se de “*bens e valores jurídicos insuscetíveis de relativização em sua carga de proteção individual e concomitantemente societária*”⁸⁹. Tal entendimento baseia-se no fato de que o uso de drogas por militar afeta a eficiência das Forças Armadas, instituição voltada para a garantia da ordem democrática, ferindo os princípios da hierarquia e disciplina que lhe são próprios. Dessa forma, o maior rigor penal na legislação militar é justificado, sendo aplicado o princípio da especialidade normativo-penal. Nesse sentido, o Relator manifestou-se pela inaplicabilidade da Lei 11.343/06 aos casos afetos à Justiça Militar, mesmo que o artigo 28 da Lei de Drogas seja mais benéfico do que o artigo 290 do CPM ao regular a posse de drogas para consumo próprio, não sendo possível selecionar as partes mais benéficas do regime penal comum e do regime penal castrense.

Os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio e as Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie acompanharam o voto do Relator pela não aplicação do princípio da insignificância e do artigo 28 da Lei de Drogas. Já os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram pela aplicação do princípio da insignificância diante da ínfima quantidade de droga, insuscetível de pôr em risco a saúde, bem jurídico protegido pela norma penal. O Ministro Presidente Cezar Peluso também votou pela concessão do *habeas corpus* diante da aplicação do princípio da insignificância, aduzindo que tal princípio possibilita que o magistrado,

⁸⁸ STF, HC 103.684/DF – Distrito Federal – Rel. Min. Ayres Britto – Julgamento: 21/10/2010. p. 112.

⁸⁹ Ibid., p. 112.

analisando o caso concreto, deixe de condenar o réu caso verifique que sua conduta não configura, de fato, ofensa à ordem jurídica.

Desse julgado, verifica-se que não há posição pacífica entre os membros do STF acerca do tema, já que seis Ministros votaram pela não aplicação do princípio da insignificância e quatro votaram por sua aplicação. Entretanto, a jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável para o crime militar de posse de substância entorpecente, entendimento este consolidado no informativo n. 605 do STF.

Desde 2011 está tramitando, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 635.659/SP⁹⁰, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. O referido recurso tem por objeto a análise da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 frente a sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e vida privada.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu presente no recurso a repercussão geral diante da violação ao artigo 5º, inciso X da CRFB/88, que preconiza o direito à intimidade e vida privada. Na decisão que reconheceu a repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes frisou que a discussão alcança grande número de interessados, possuindo relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos da causa. Por fim, o Ministro aduziu a necessidade de pacificação da matéria pela Suprema Corte.

O recorrente sustenta que o artigo 5º, inciso X da CRFB/88 prevê a proteção às escolhas individuais inseridas no âmbito privado, desde que não ofenda terceiros. Dessa forma, para que um determinado fato possa ser considerado como crime, é necessário que lesione bens jurídicos alheios. Ato contínuo, o recorrente aduz que as condutas descritas no artigo 28 da

⁹⁰ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes.

Lei 11.343/06 se inserem somente na vida privada do agente, não sendo aptas a causar lesões a terceiros, motivo pelo qual não se justifica sua criminalização.

O Ministério Público, por sua vez, alega que o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei de Drogas é a saúde pública, pois a conduta do agente ao trazer consigo drogas para uso próprio contribuiu, por si só, para a difusão do vício no meio social. Ressalta-se que foram admitidas diversas entidades na posição de *amicus curiae*.

O Ministro Gilmar Mendes, Relator do recurso, proferiu seu voto em agosto de 2015. Primeiramente, o Ministro traz a questão dos parâmetros e limites do controle de constitucionalidade de normas penais. Assim, o Relator aponta a contraposição existente no debate entre o direito coletivo à saúde e à segurança e o direito à intimidade e à vida privada. Nesse ponto, o Ministro ressalta que “*o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros.*”⁹¹, por isso, os direitos fundamentais devem ser entendidos não apenas como proibições de intervenção, mas também como postulados de proteção. Há, portanto, um dever genérico de proteção que se funda nos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal, determinando ao Estado um dever de proteção e concretização de tais direitos. Sob esse ângulo, a Constituição prevê mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador, com vista a efetivar esse dever de proteger e concretizar direitos fundamentais.

Por tais argumentos, o Relator afirma a possibilidade de controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal a ser realizada pelo Tribunal, que examinará se a medida prevista pelo legislador mostra-se adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar. Além disso, Ministro Gilmar Mendes afirma que faz

⁹¹ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 04.

parte da competência do Tribunal a análise dos chamados fatos legislativos, devendo:

inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada⁹².

Ato contínuo, o voto passa a tecer considerações acerca dos crimes de perigo abstrato, tomando como ponto de partida o fato de que o principal argumento em favor da criminalização das drogas fundamenta-se no dano em potencial que tais condutas gerariam na sociedade, colocando em risco a saúde e segurança públicas. O Relator explica que:

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 jurídico⁹³.

Assim, ao criminalizar a conduta, o legislador não se baseia na lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, o que ele faz é selecionar determinadas condutas que trazem perigo de lesão a esse bem jurídico fundamental, ainda que essa lesão não venha a se concretizar. Trata-se, portanto, de uma presunção absoluta e abstrata referente à periculosidade da conduta criminalizada. Nesse âmbito, a atividade legislativa que produz normas de perigo abstrato é merecedora de uma fiscalização mais rígida a respeito de sua constitucionalidade, tendo em vista que facilmente pode confrontar-se com o princípio da proporcionalidade.

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes expõe breves considerações acerca das diversas políticas regulatórias em relação à posse de drogas para uso pessoal. O Relator explica que o uso do termo “proibição”, inserido no debate, se refere ao estabelecimento de sanções penais em relação à política de drogas. Já ao falar em “despenalização”, entende-se como a exclusão da

⁹² STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 09.

⁹³ Ibid., p. 12.

previsão de pena privativa de liberdade para as condutas relacionadas à posse de entorpecente para uso pessoal, sem que, com isso, se afaste a incidência do Direito Penal na conduta, sendo este o modelo adotado pela Lei de Drogas atualmente vigente, no entendimento do Ministro Relator. Em seguida, a “descriminalização” descreve a “*exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal*”⁹⁴, isto é, a conduta deixa de ser considerada crime, entretanto, tal fato não pressupõe a liberação ou legalização da posse de drogas para uso pessoal, podendo esta ser sancionada por medidas de natureza administrativa. Por fim, o Relator frisa que a ONU vem apoiando a adoção de programas de redução de danos e prevenção de riscos visando “*mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais*”⁹⁵, deslocando a política de drogas do campo penal para o da saúde pública.

Em continuidade à análise do voto, o Relator observa que o espaço de atuação do legislador ordinário para definir a forma mais adequada de proteger os bens jurídicos fundamentais encontra limite no princípio da proporcionalidade, sendo necessário verificar a necessidade e adequação da medida adotada pelo legislador, sob pena de recair em excesso do poder legislativo. Assim, deve ser verificada, de um lado, a adequação da medida ao cumprimento dos objetivos pretendidos e, de outro, “*o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados*”⁹⁶. Sendo assim, se houver outra medida adequada e menos gravosa para tutelar o objeto, a medida prevista pelo legislador passa a configurar-se como excesso de poder.

O Ministro, em seguida, faz referência ao controle de evidência, entendido como a verificação se as medidas adotadas pelo legislador se mostram adequadas à proteção do bem jurídico. Para isso, o Relator aponta que o artigo 28 da Lei 11.343/06 está inserido no Título III do citado

⁹⁴ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 15.

⁹⁵ Ibid., p. 15.

⁹⁶ Ibid., p. 06.

diploma legal, que se refere às “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, enquanto que os demais delitos estão previstos no Título IV que se refere à “produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”. Dessa forma, evidencia-se que o legislador optou por conferir tratamento penal diferenciado para o crime de uso, excluindo, para este, a previsão de pena privativa de liberdade.

Contudo, o Ministro aponta que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal não se coaduna com os reais fins almejados no que se refere ao usuário e dependente de drogas, quais sejam a prevenção do uso indevido da droga, atenção à saúde e reinserção social, como define o Título do capítulo em que está inserido o dispositivo aqui em análise. Tal fato configura uma incoerência na própria Lei de Drogas, bem como de todo o sistema de políticas sobre drogas. O Relato sustenta que, apesar da flexibilização das consequências penais para o usuário ou dependente de drogas, o fato de o porte de drogas para uso pessoal ainda ser infração penal tem como resultado a estigmatização do agente, dificultando sua reinserção social.

Outro ponto abordado pelo Ministro Gilmar Mendes se refere à ausência de critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, observando que, na maioria dos casos, a configuração do crime dependerá do relato do policial que abordou o agente. O Relator traz em seu voto pesquisas apontando que, na maior parte dessas abordagens, os autuados são jovens, sem antecedentes criminais, com reduzida quantidade de droga e respondem ao processo com privação de liberdade, por ser a conduta tipificada como tráfico de drogas, produzindo um aumento substancial na população carcerária. A partir desses argumentos, o Ministro conclui que:

a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma

impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade⁹⁷.

O Ministro também traz a explicação acerca do controle de justificabilidade, isto é, a análise “*se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis*”⁹⁸. Nesse ponto, o Ministro Gilmar Mendes afirma 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*”⁹⁹, constatando que desde a implementação da política repressiva de “guerra às drogas”, o tráfico vem aumentando. Outra questão por ele levantada é o fato de que não foram constatadas grandes alterações no número de usuários regulares de drogas nos diversos países que adotaram modelos menos rígidos no que se refere ao porte de drogas para uso próprio, ou pela despenalização ou descriminalização. Assim, o Ministro afirma que a criminalização do uso de drogas não gera grandes influências na decisão de consumi-las. Dessa forma, à época em que a Lei 11.343/06 foi criada, não se tinham dados suficientes para embasar, com razoável margem de segurança, que a criminalização da conduta em comento fosse medida adequada para a proteção do bem jurídico, manifestando-se em dissonância com o princípio da proporcionalidade.

Na sequência, o Ministro Relator examina se “*a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental mostra-se necessária, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes*”¹⁰⁰. No que toca à utilização do Direito Penal como instrumento de repressão ao uso de drogas, deve ser verificado qual o bem jurídico que se quer proteger e se este é digno de proteção no âmbito penal, levando em conta que a dita conduta seria capaz de somente causar danos ao usuário e não a terceiros. Aqueles que são favoráveis à criminalização do

⁹⁷ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 21.

⁹⁸ Ibid., p. 16.

⁹⁹ Ibid., p. 21.

¹⁰⁰ Ibid., p. 25.

uso de drogas apontam que tal conduta gera perigo abstrato à saúde coletiva, já que o usuário, consumidor, é quem acaba por financiar a traficância. Outro argumento por eles utilizado é que o consumo de drogas teria estrita relação com o cometimento de outros crimes mais graves.

Nesse ponto, o Ministro Gilmar Mendes mais uma vez aponta para a dicotomia entre, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança pública e, de outro lado, o direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação. Nesse contexto, deve-se verificar se “*a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual*”¹⁰¹. Assim, o Ministro ressalta que não está a ignorar os riscos e malefícios causados pelo uso de drogas, mas a questão concerne em indagar se a sua criminalização é realmente necessária, analisando-se a intensidade da intervenção penal e os fundamentos que a justificaram. Para isso, o Ministro Relator sustenta a necessidade de se realizar um juízo de ponderação entre os valores em conflito, contemplando as circunstâncias peculiares de cada caso.

Quanto aos direitos à saúde e à segurança pública, o Ministro frisa que a proteção a direito coletivo pressupõe a demonstração de que a conduta incriminada gera dano potencial a esse interesse coletivo. Nesse sentido, o Ministro acredita que, para justificar a intervenção penal, não basta a alegação de que a saúde e segurança públicas afetam cada indivíduo, principalmente pelo fato de que a lesividade individual vem acompanhada, neste caso, pela vontade da vítima em consumir a droga.

Já no que se refere ao direito à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, o Ministro observa que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal viola o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagrado no direito à autodeterminação, autopreservação e autoapresentação. A Constituição

¹⁰¹ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 26.

Federal Brasileira prevê a proteção à dignidade da pessoa humana, bem como o direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, podendo deles se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à autodeterminação, configurado como o direito do indivíduo de determinar, por si próprio, sua identidade. Sendo assim, a restrição indevida à autonomia da vontade, como no caso em comento, já que o uso de drogas somente coloca em risco o próprio usuário, viola o princípio geral da liberdade, bem como o direito à vida privada e à autodeterminação. Da mesma forma, não se pode imputar ao mero usuário os malefícios coletivos do tráfico de drogas, pois esta ligação é, na visão de Gilmar Mendes, extremamente remota para que a ela sejam atribuídos efeitos criminais.

Diante de todos os argumentos acima apresentados, o Ministro Gilmar Mendes conclui pela inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso próprio, tendo em vista que esta atinge “*em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional*”¹⁰². Conforme arguido, a criminalização do usuário de drogas, ao reprimir uma conduta que configura somente autolesão, restringe, em grau máximo e desnecessariamente, a garantia da intimidade, vida privada e autodeterminação.

No entanto, o Ministro observa a possibilidade de que o Estado imponha condições e restrições alternativas ao uso de entorpecentes, sem que, para isso, se utilize de medidas penais. Gilmar Mendes aponta, também, para a necessidade de se estabelecer critérios objetivos que diferenciem o usuário do traficante, tais como o peso e natureza da droga apreendida. Além disso, o Relator reafirma a necessidade de que o Estado promova políticas de atenção à saúde do dependente de drogas, bem como atentando para a sua reinserção social.

¹⁰² STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 40.

O Ministro aduz, ainda, que a descriminalização do uso de drogas não gera a sua legalização, sendo necessário tomar medidas que não resultem em um vácuo regulatório. Assim, até que a Lei de Drogas seja aprimorada prevendo novas abordagens ao problema do uso de drogas, devem ser aplicadas as medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando a natureza penal dessas medidas e colocando-as no âmbito cível.

Por fim, Gilmar Mendes frisa que, enquanto a legislação não prevê critérios objetivos para diferenciar uso e tráfico, no caso de o policial entender que a conduta se qualifica como tráfico de drogas, e não posse para uso próprio, permanece a possibilidade de prisão, nos termos do artigo 50 da Lei 11.343/06. No entanto, o Relator observa que, ao ser iniciado o procedimento criminal, caberá ao órgão acusatório a comprovação de que a droga se destinava ao tráfico e não ao consumo pessoal, em consonância com a presunção de não culpabilidade prevista no artigo 5º, LVII da CRFB/88.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade, sem redução do texto, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo qualquer efeito de natureza penal, mantendo, contudo, o caráter de infrações administrativas até que sobrevenha legislação específica.

Passemos à análise do voto do Ministro Edson Fachin. Primeiramente, o Ministro estabelece que a inconstitucionalidade debatida em seu voto se refere à posse para consumo próprio de uma única substância, a maconha, não englobando as demais drogas. Ato contínuo, o Ministro observa que a retirada do estigma criminal permitiria que fosse dada maior atenção ao bem jurídico que se quer tutelar, focalizando no tratamento do usuário. Em seu voto, o Ministro frisa os malefícios físicos e psíquicos que o uso de drogas pode causar, assim como a sua relação com o cometimento de delitos que têm como fim a manutenção do vício.

O Ministro Edson Fachin aponta que, a seu ver, seria paradoxal descriminalizar o uso de drogas e manter como crime a sua produção e comercialização, isto porque haveria um estímulo ao tráfico de drogas, uma vez que a descriminalização do uso geraria um maior consumo de tais substâncias acarretando no aumento do lucro do tráfico.

Apesar dos malefícios causados pela droga e da incongruência acima apresentada, Edson Fachin restringe seu voto à análise da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, deixando de lado o crime de tráfico. O Ministro aponta que a questão em comento envolve os direitos à liberdade, autonomia privada e os limites da interferência do Estado sobre o indivíduo.

Em seguida, o voto passa à análise dos três principais argumentos favoráveis à criminalização do uso de drogas, baseando-se na doutrina de Carlos Santiago Nino: argumento perfeccionista, argumento paternalista e argumento de defesa da sociedade. O primeiro deles, argumento perfeccionista, determina a punição do uso de drogas por ser um comportamento moralmente reprovável, devendo ser reprimido pelo Estado. Nas palavras do Ministro Edson Fachin, “*Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado*”¹⁰³. Contudo, tal argumento é rebatido pelo fato de que não cabe ao Estado impor regras morais individuais, devendo estas ser produto de escolha de cada sujeito, dentro de sua liberdade e autonomia privada.

O segundo argumento é o paternalista, que justifica a proibição do consumo tendo por fundamento a necessidade de prevenir, desincentivar e reprovar tal conduta através da repressão exercida pelo Direito Penal. Para os defensores desse argumento, a proibição seria uma forma de proteção

¹⁰³ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Edson Fachin, p. 03.

dos indivíduos contra os malefícios do consumo de drogas. Ocorre que não pode o Estado, a pretexto de proteger o indivíduo, criminalizar sua própria conduta. Assim, se a proteção é o fim almejado pelo Estado, este deve fazê-lo não através do Direito Penal e sim mediante a criação de políticas públicas de tratamento do dependente, distribuição de informações, além de campanhas educativas e de prevenção.

O último dos três argumentos é o argumento de defesa da sociedade. De acordo com ele, o tratamento penal direcionado ao consumo de drogas visa proteger os demais cidadãos, que podem vir a sofrer efeitos e consequências maléficos derivados do consumo de drogas pelo usuário. Ocorre que tais consequências, como o roubo, já são, por si só, objeto de repressão do Estado. Dessa forma, não se pode utilizar deste argumento para proibir o consumo de drogas, visto que este, sozinho, não é capaz de causar danos à sociedade.

Dando continuidade à análise do voto do Ministro Fachin, este sustenta que, “*ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio*”¹⁰⁴, não se pode permitir a repressão estatal, pois esta configuraria uma invasão no campo da autodeterminação individual, privacidade, intimidade e liberdade, campo este que deve ser imune à interferência do Estado.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é fundamento para a realização do controle de constitucionalidade das normas penais, impedindo que “*a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros*”¹⁰⁵.

Quanto à criminalização do uso de drogas, o Ministro afirma que trata-se, historicamente, de escolha político-criminal, tendo-se como

¹⁰⁴ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Edson Fachin, p. 05.

¹⁰⁵ Ibid., p. 06.

exemplo a legalidade do uso de álcool e tabaco. No caso do artigo 28 da Lei 11.343/06, aponta-se para sua definição como crime de perigo abstrato, que visaria proteger a saúde pública em decorrência da natureza nociva das drogas. Ocorre que o referido dispositivo é uma norma penal em branco, tendo em vista que não define quais são as drogas criminalizadas, deixando a cargo do Ministério da Saúde, através de ato administrativo, a determinação das substâncias proibidas.

Para realizar o controle de constitucionalidade da referida norma penal, o Ministro Edson Fachin sustenta ser necessário o exame da legalidade proporcional, como apontado pelo Ministro Gilmar Mendes, através da análise da proporcionalidade e ofensividade. Todavia, alega que a proporcionalidade “*não é critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato*”¹⁰⁶, sendo mais importante o critério da ofensividade. Assim, de acordo com o critério da ofensividade, para que a autonomia individual possa ser restringida pelo Direito Penal, legitimando-se a coerção, deve estar configurado um dano efetivo que interfira na autonomia de terceiros. Isso porque a sanção penal é somente uma das possíveis formas de proteger bens jurídicos relevantes, sendo a mais grave delas. Por ser a forma que mais restringe a autonomia dos indivíduos, deve ser analisado, retornando ao critério da proporcionalidade, se esta forma de proteção mostra-se a mais adequada aos fins pretendidos.

O Ministro destaca que o artigo 28 da Lei de Drogas é crime de perigo, no qual a própria conduta é incriminada por colocar em risco o bem jurídico, sem que seja necessária a produção de qualquer resultado danoso. O Ministro aponta que o objetivo do legislador nos crimes de perigo abstrato é a imposição de um dever de cuidado. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 limitar-se-ia a fixar um dever de cuidado, sendo este o ponto a

¹⁰⁶ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Edson Fachin, p. 06-07.

ser analisado pelo controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade de tipos abstratos não recai, portanto, sobre a potencialidade de dano a um bem jurídico, mas sim diante de uma análise “*se é adequada a imposição de dever do cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislado*”¹⁰⁷. Dessa forma, o juízo de adequação realizado no controle de constitucionalidade consiste em identificar se a norma penal incriminadora é a melhor estratégia de proteção ao bem jurídico em questão.

Nesse ponto, o Ministro Fachin afirma que as sanções penais previstas no artigo 28 da Lei de Drogas não atingem adequadamente o fim da proteção ao bem jurídico. Isto porque o dependente químico deve ser visto como vítima, necessitando de tratamento para a superação do vício, e não criminoso. Sendo assim, o consumo de drogas deve ser encarado como questão de saúde pública e não criminal.

Por fim, o Ministro sustenta a necessidade de que o Poder Legislativo estipule critérios objetivos para diferenciar o uso e o tráfico de drogas, ponderando que, até a edição da norma adequada, caberá ao Poder Executivo fazer a regulamentação provisória, afirmando que tais parâmetros devem ser relativos, passíveis de verificação pelo juiz ao analisar o caso concreto.

Pelos argumentos expostos, o Ministro Edson Fachin vota pelo provimento parcial do recurso extraordinário declarando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, sem redução do texto, específica para a posse de maconha, mantendo, nos termos da atual legislação, a proibição do porte e consumo das demais drogas ilícitas, bem como da produção e comercialização de quaisquer drogas.

Em sequência, o Ministro Luís Roberto Barroso passa a proferir seu voto. Inicialmente, o Ministro salienta que o recurso em análise é um “caso

¹⁰⁷ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Edson Fachin, p. 11.

difícil”, tendo em vista que não há uma solução juridicamente simples para enfrentar o problema em questão. Assevera, também, que, em seu voto, discorrerá apenas sobre a descriminalização, e não legalização, do uso da maconha, excluindo a apreciação em relação às demais drogas. Dessa forma, mesmo havendo a descriminalização, o consumo desta substância continuará sendo ilícito civil, podendo ser regulado pelo Estado através de outras medidas fora do âmbito criminal como, por exemplo, sanções administrativas. Essa regulação deve ser feita porque, de acordo com Luís Roberto Barroso, o consumo de drogas é algo ruim, tendo o Estado e a sociedade os deveres de desincentivar o consumo de drogas, oferecer tratamento aos dependentes e combater o tráfico. Assim, o Ministro aponta que o objetivo central deste debate é *“determinar que medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os três objetivos enunciados acima”*¹⁰⁸.

Ato contínuo, o Ministro passa a analisar a atividade de interpretação da Constituição através da proteção aos direitos fundamentais e do pragmatismo jurídico. Em relação aos direitos fundamentais, estes atuam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todos, impondo, inclusive, limites ao legislador. Já o pragmatismo jurídico deve ser examinado tendo como pressupostos o contextualismo, isto é, a realidade concreta em que a questão se situa e o consequencialismo, mediante a verificação dos resultados práticos decorrentes de uma determinada decisão. Assim, Barroso assinala que *“Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”*¹⁰⁹, respeitando os limites constitucionalmente impostos.

Em seguida, o Ministro observa que a política de repressão às drogas adotada, inicialmente, nos Estados Unidos, fracassou, não tendo atingido seus objetivos, mas pelo contrário, somente serviu para dar mais poderes ao

¹⁰⁸ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 02-03.

¹⁰⁹ Ibid., p. 02.

tráfico, não tendo conseguido diminuir o consumo de drogas e nem oferecer tratamento adequado aos dependentes. Entretanto, olhando para o problema brasileiro em relação ao combate de drogas, temos que o mais grave deles é o poder do tráfico, advindo da ilegalidade das drogas. Neste ponto, Barroso afirma que a primeira prioridade é a neutralização, a médio prazo, do poder do tráfico de drogas e, para isso, aponta como solução acabar com a ilegalidade das drogas, regulamentando sua produção e distribuição. Todavia, o Ministro aponta que esta legalização deve ser feita aos poucos. A segunda prioridade por ele apontada é a redução do número de jovens pobres e primários presos, isto porque ao ingressarem na cadeia como pequenos traficantes de baixa periculosidade, passam a cursar a chamada “escola do crime”, de onde saem muito mais perigosos do que quando entraram. A terceira e última prioridade refere-se ao consumidor de drogas, que não deve ser tratado como criminoso, “*mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco*”¹¹⁰, risco este que decorre de sua liberdade de escolha e que o torna a principal vítima de suas ações.

Após, Barroso passa a discorrer sobre as razões pragmáticas que justificam a descriminalização. A primeira razão decorre do fracasso da política repressiva atual que teve como consequência a produção de um poderoso mercado negro do tráfico, fortalecendo o crime organizado. O Ministro alega, também, que “*Em contraste com o aumento do consumo de drogas, inclusive a maconha, o consumo de tabaco caiu drasticamente*”¹¹¹. Já a segunda razão se refere ao alto custo que o modelo criminalizador gera para a sociedade e para o Estado, tendo em vista o aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Relacionado à discriminação, há o problema da ausência de critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante de drogas, o que, de fato, acaba sendo diferenciado de acordo com a classe social daquele que é abordado, ou seja, o rico é considerado

¹¹⁰ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 04.

¹¹¹ Ibid., p. 04-05.

usuário e o pobre é considerado traficante. Por tal motivo, o Ministro Barroso também salienta a necessidade de serem estabelecidos critérios objetivos para essa diferenciação. A terceira se refere ao fato de que a criminalização das drogas afeta a proteção da saúde pública, já que esta se torna um problema apenas secundário. Assim, o principal objetivo passa a ser a política de repressão penal, que, para ser mantida, exige substanciais recursos. Além disso, o Ministro aduz que a criminalização das drogas promove a exclusão e marginalização dos usuários, os afastando do acesso a tratamento de saúde adequado.

Nesse ponto, o Ministro Barroso chega à conclusão de que “*os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios*”¹¹², produzindo consequências extremamente negativas sobre a sociedade e, principalmente, sobre a população mais pobre.

Ato contínuo, a Ministro passa a fazer referência ao tratamento que é dado em outros países acerca do consumo de drogas, tomando como exemplo os Estados Unidos, Portugal, Espanha, Uruguai, Colômbia e Argentina, onde já foram tomadas medidas de descriminalização das drogas.

Dando prosseguimento à análise do voto, o Ministro Barroso traz os fundamentos jurídicos que justificam a descriminalização à luz da Constituição. O primeiro deles é a violação ao direito à privacidade, protegido pelo artigo 5º, inciso X da CRFB/88. Esse direito, composto pelo direito à intimidade e vida privada, pressupõe um espaço que deve ser imune a interferências externas, inclusive do Estado, ficando somente na esfera de decisão e discricionariedade do próprio indivíduo, desde que direitos alheios não sejam afetados. É nesse campo de individualidade e privacidade que se insere o uso de drogas, não podendo o Estado nele interferir. Já o segundo fundamento, relacionado com o anterior, trata da

¹¹² STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 06.

violação à autonomia individual. O Ministro explica que a liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas, porém, não se trata de valor absoluto, podendo ser restringido pela lei. No entanto, Barroso aponta que *“a liberdade possui um núcleo essencial e inatingível, que é a autonomia individual”*¹¹³, esta emana da dignidade humana, assegurando ao indivíduo sua autodeterminação e liberdade de escolha, motivo pelo qual não pode ser suprimida pelo Estado. Dessa forma, Luís Roberto Barroso afirma que o consumo de drogas não gera qualquer violação a direitos de terceiros, bem como não fere qualquer valor social, fazendo parte, única e exclusivamente, da autonomia individual do usuário. Assim, utilizar-se do Direito Penal para combater o consumo de drogas é, nas palavras do Ministro Barroso, *“uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais”*¹¹⁴. O terceiro fundamento por ele enfrentado é a violação ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, sendo este um limite às restrições dos direitos fundamentais. Esta restrição, para que seja legítima, deve ser proporcional, adequando-se à lesividade da conduta incriminada, vedado o excesso e a proteção deficiente.

No que se refere ao princípio da lesividade, este *“exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio”*¹¹⁵. Assim, caso a conduta não extrapole o âmbito individual, não poderá o Estado valer-se do Direito Penal para regula-la. No caso em comento, o Ministro aponta que a saúde individual do usuário é o principal bem jurídico lesado pelo consumo de drogas, por isso, não há que se falar em lesão a bem jurídico alheio. Quanto ao argumento de que o consumo de drogas gera lesão à saúde pública, este não se justifica, pois, nas palavras de Barroso, *“tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em*

¹¹³ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 08.

¹¹⁴ Ibid., p. 08-09.

¹¹⁵ Ibid., p. 09.

menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco”¹¹⁶. Além disso, a saúde pública não pode ser argumento utilizado para justificar a criminalização do consumo de drogas, visto que, como já demonstrado, a criminalização afasta o dependente do sistema de saúde. Nesse ponto, Barroso conclui que “*não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima*”¹¹⁷. Em seguida, o voto passa a analisar a adequação, necessidade e proveito da medida restritiva penal. Nesses termos, a criminalização não se mostra adequada ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública, tendo em vista a sua ineficácia em relação à diminuição do consumo de drogas. Em relação à necessidade da criminalização, esta não se demonstra, já que inúmeros países vem adotando medidas alternativas para desincentivar o uso de drogas, sem que, para isso, haja interferência penal. Já quanto à proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que o custo e os recursos investidos para manter a política repressiva contra as drogas têm sido enormes – lotação do sistema penitenciário, destruição da vida de jovens colocados no cárcere, poder do tráfico sob comunidades carentes – enquanto os resultados apontam para o constante consumo de drogas. Dessa forma, Barroso conclui que:

por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema¹¹⁸.

O Ministro Barroso também aponta para a necessidade de se estabelecer um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir consumo pessoal de tráfico. Tal critério deve ser definido independentemente da criminalização ou não do porte de drogas para uso pessoal, tendo como finalidade a diminuição da discricionariedade judicial

¹¹⁶ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 09.

¹¹⁷ Ibid., p. 09.

¹¹⁸ Ibid., p. 10.

e uniformização da aplicação da lei. Além disso, a ausência de um critério objetivo produz um impacto discriminatório que diferencia os jovens de classe média/alta, enquadrados como usuários, dos jovens mais pobres, enquadrados como traficantes. O Ministro propõe, como critério objetivo a diferenciar o porte para consumo pessoal do tráfico de drogas, a quantidade de 25 gramas de maconha, aduzindo, contudo, que essa presunção poderá ser afastada pelo juiz caso este entenda, fundamentadamente, *“que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior”*¹¹⁹.

Finalizando seu voto, o Ministro passa a enfrentar, de forma sucinta, os argumentos contrários à descriminalização das drogas. Primeiro, o Ministro rechaça o argumento de que não houve guerra às drogas no Brasil, aduzindo que “o fato de que a Guerra às Drogas foi travada com as vicissitudes e deficiências do padrão Brasil não muda este quadro”¹²⁰. Em segundo lugar, Barroso afasta o argumento de que a descriminalização produziria aumento de consumo, explicando que, em um primeiro momento, é possível que haja um aumento da quantidade de usuários, porém, a longo prazo, as estatísticas não confirmam um aumento do consumo, visto que “a transgressão é um atrativo para a juventude”¹²¹ e descriminalizar o consumo diminui esse atrativo para os jovens. Logo após, o Ministro enfrenta o argumento de que a descriminalização aumentaria a criminalidade associada ao consumo de drogas, aduzindo que a maconha não produz efeito antissocial relevante, pois “as grandes causas da criminalidade envolvem combinações variadas entre desigualdade, impunidade e uma cultura de ganho fácil”¹²². Em seguida, nega o argumento de que a descriminalização trará impacto para saúde pública, reafirmando que a descriminalização aproxima o usuário do tratamento

¹¹⁹ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 12.

¹²⁰ Ibid., p. 13.

¹²¹ Ibid., p. 13.

¹²² Ibid., p. 13.

adequado. Quanto ao argumento de que a descriminalização aumentaria os riscos do trânsito com pessoas dirigindo intoxicadas, o Ministro afirma que dirigir sob a influência de substância psicoativa é crime autônomo, não sendo preciso criminalizar o consumo de maconha para este fim. Há, ainda, o argumento de que há grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e distribuição. Nesse ponto, o Ministro concorda com a citada inconsistência, entretanto, afirma que a *“eventual legalização depende de atuação do Congresso”*¹²³. Por fim, o Ministro evidencia o argumento de que a descriminalização geraria a criação de um “exército de formiguinhas”, apontando para o *“temor de que uma vez fixado um certo quantitativo, os traficantes passariam a distribuir em pequenas porções”*¹²⁴. Quanto a esse argumento, Barroso aponta que, atualmente, já é assim, havendo um exército de reserva, que substitui rapidamente os traficantes menores quando estes são presos.

Por todos os fundamentos apresentados, o Ministro Luís Roberto Barroso conclui que a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, declarando a inconstitucionalidade da tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06. Assim, declara também a inconstitucionalidade, por arrastamento, do parágrafo 1º do artigo 28 da Lei 11.343/2006¹²⁵.

Diante da análise dos três votos até o momento proferidos, vemos que os três Ministros votaram pela inconstitucionalidade, sem redução do texto, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo qualquer efeito de natureza penal. Entretanto, evidenciaram-se certas ponderações nos votos de cada um. Assim, o Ministro Gilmar Mendes manteve o caráter de infrações administrativas, em relação às

¹²³ STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 13.

¹²⁴ Ibid., p. 14.

¹²⁵ § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

medidas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, até que sobrevenha legislação específica regulando o consumo de drogas no âmbito cível. O Ministro Edson Fachin, por sua vez, declarou a inconstitucionalidade específica para a posse de maconha, mantendo a proibição do porte e consumo das demais drogas, assim como a proibição da produção e comercialização de quaisquer drogas ilícitas. Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso, além de declarar a inconstitucionalidade referente somente à maconha, como o Ministro Edson Fachin, estabeleceu um critério objetivo e provisório de 25 gramas para diferenciar o uso do tráfico de drogas.

A diferenciação que se fez em relação às demais drogas não possui lógica, essa seletividade decisão decorre da decisão de não enfrentamento da questão das drogas por completo, o que contraria todos os argumentos que fundamentaram as decisões dos próprios Ministros. Outro ponto que merece ser observado no voto do Ministro Barroso é a referência à inconstitucionalidade, por arrastamento, do parágrafo primeiro do artigo 28 da Lei de Drogas. Ao fazer essa ressalva para o citado parágrafo, o Ministro exclui os demais parágrafos do citado artigo, continuando estes em vigor no que toca à criminalização. Ocorre que, no voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade abrange, acertadamente, todo o artigo 28 e não somente o *caput*.

Após o voto dos três Ministros acima referidos, o Ministro Teori Zavascki, em setembro de 2015, pediu vista dos autos. Dessa forma, até presente momento, outubro de 2016, aguarda-se o voto do Ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 635.659.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar os argumentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários à criminalização das drogas, evidenciando a multiplicidade de fundamentos utilizados para defender um ou outro posicionamento. Vimos, assim, o uso de argumentos relacionados aos aspectos formais da lei, à saúde do usuário, às consequências sociais do uso de drogas, ao tratamento dado a drogas lícitas, à adequação e necessidade do uso do Direito Penal, entre outros.

Em relação à pesquisa jurisprudencial, constatou-se que, até o momento, não há entendimento pacificado sobre o tema em nenhuma das instâncias do judiciário brasileiro, seja nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, Turmas Recursais do Rio de Janeiro ou mesmo no Supremo Tribunal Federal. Quanto a esse último, verifica-se que os três votos até então proferidos no Recurso Extraordinário 635.659 foram favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Assim, mesmo que baseando-se em fundamentos muitas vezes diferentes, os Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso entenderam pela descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Contudo, apesar de tais votos evidenciarem uma provável direção do Supremo quanto ao tema aqui tratado, o provimento do Recurso Especial com repercussão geral não significa a legalização do uso de drogas, mas somente a sua retirada do escopo do Direito Penal.

Outro ponto importante a ser observado é a insegurança jurídica que a ausência de pacificação sobre o tema gera, tendo em vista que, a depender do entendimento pessoal do magistrado acerca deste ponto, a consequência para o réu pode variar entre o arquivamento da denúncia por ausência de justa causa e a condenação em uma das sanções previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Diante da exposição dos fatos e argumentos realizada nesse trabalho, espera-se que o leitor tenha aprofundado sua reflexão acerca da criminalização do uso de drogas, deixando de se ater somente aos aspectos formais da legislação atualmente em vigor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Apelação Criminal nº 007568-66.2008.8.19.0007, TJ/RJ, Rel. Joaquim Domingos de Almeida Neto, Rio de Janeiro, Julgamento: 17/06/2011.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 316 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Porte de Drogas para Uso Próprio e o Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. 2015. p. 29-30. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Livro_Pierpaolo-Online-11.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

CARRIÇO, Ernesto. Beltrame defende legalização das drogas e desmilitarização da polícia. *O DIA*, 20 set. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-09-20/beltrame-defende-legalizacao-das-drogas-e-desmilitarizacao-da-policia.html>>. Acesso em: 06 out. 2016.

FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. A ‘Justiça Terapêutica’ e o Conteúdo Ideológico da Criminalização do Uso de Drogas no Brasil. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito UFPR*. p. 04. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7041/5017>>. Acesso em: 21 set. 2016.

GOMES, Luiz Flávio, et al. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108. apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel *Lei de drogas anotada*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. 335 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. 956 p.

PROCÓPIO FILHO, Argemiro. VAZ, Alcides Costa. O Brasil no Contexto do Narcotráfico Internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*. v. 40, n. 1, Brasília, 1997. Disponível em:

<http://bt2dx8nd7h.search.serialssolutions.com/?ctx_ver=Z39.88-2004&ctx_enc=info%3Aofi%2Fenc%3AUTF-8&rft_id=info%3Asid%2Fsummon.serialssolutions.com&rft_val_fmt=info%3Aofi%2Ffmt%3Akev%3Amtx%3Ajournal&rft.genre=article&rft.atitle=O+Brasil+no+contexto+do+narcotr%C3%A1fico+internacional&rft.jtitle=Revista+Brasileira+de+Polit%C3%ADca+Internacional&rft.au=Argemiro+Proc%C3%B3pio+Filho&rft.au=Alcides+Costa+Vaz&rft.date=1997-01-01&rft.pub=Instituto+Brasileiro+de+Relacoes+Internaci%C3%B0ais&rft.issn=0034-7329&rft.eissn=1983-3121&rft.volume=40&rft.issue=1&rft.externalDocID=2935626041¶mdict=br-PT>. Acesso em: 22 set. 2016.

Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 09, n. 02, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/13018/pdf#.V-KZOvkrLcs>>. Acesso em: 21 set. 2016.

SANCHEZ, Leonardo. Conheça os países onde o porte de drogas para uso pessoal não é crime. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 09 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SILVA, Marco Aurélio da. *Política Pública Carcerária: Uma Institucionalizada Violação de Direitos Fundamentais Impulsionada pela Criminalização das Drogas*. cap. 2, p. 239-240. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 09, n. 02, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/13018/pdf#.V-KZOvkrLcs>>. Acesso em: 21 set. 2016.

WELLE, Da Deutsche. Ao legalizar maconha, Uruguai vai na contramão dos vizinhos e busca ser modelo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/dw/2013/12/1383909-ao-legalizar-maconha-uruguai-vai-na-contramao-dos-vizinhos-e-busca-ser-modelo.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.

XXI FONAJE. A abordagem individualizada multidisciplinar deve orientar a escolha da pena ou medida dentre as previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não havendo gradação no rol. Vitória: Enunciado 95. Espírito Santo: Fórum Nacional dos Juizados Especiais, 2007.

Julgados analisados:

STF, HC 103.684/DF – Distrito Federal – Rel. Min. Ayres Britto – Julgamento: 21/10/2010.

STF, HC 91.074/SP – São Paulo – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Segunda Turma, Julgamento: 19/08/2008.

STF, HC 91.759/MG – Minas Gerais – Rel. Min. Menezes Direito – Primeira Turma, Julgamento: 09/10/2007.

STF, HC 92.462/RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Cármen Lúcia – Primeira Turma, Julgamento: 23/10/2007;

STF, HC 92.961/SP – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau – Segunda Turma, Julgamento: 11/12/2007.

STF, HC 93.822 MC/SP – São Paulo – Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 20/02/2008.

STF, HC 94.074 MC/DF – Distrito Federal – Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Julgamento: 14/03/2008.

STF, HC 94.085 MC/SP – São Paulo – Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 28/03/2008.

STF, HC 94.583/MS – Mato Grosso do Sul – Rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento: 07/05/2008.

STF, HC 94.809/RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Celso de Mello – Segunda Turma, Julgamento: 12/08/2008.

STF, HC 98.519/RS – Rio Grande do Sul – Rel. Min. Cármen Lúcia – Primeira Turma, Julgamento: 09/11/2010.

STF, Questão de Ordem no RE 430.105, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento: 12/02/2007.

STF, RE 635.659/SP – São Paulo – Rel. Min. Gilmar Mendes.

TJ/RJ, Ação Penal Pública Incondicionada nº 04005397-45.2015.8.19.0001. Juíza Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Data 29/03/2016.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0000172-91.2015.8.19.0007, Rel. Manoel Tavares Cavalcanti, Rio de Janeiro, Julgamento: 10/12/2015.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0000775-96.2013.8.19.0020, Rel. Carlos Fernando Potyguara Pereira, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0002555-14.2007.8.19.0010, Rel. Andre Ricardo de Franciscis Ramos, Rio de Janeiro, Julgamento: 26/03/2010.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0006096-88.2012.8.19.0007, Rel. Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0008305-33.2012.8.19.0006, Rel. Alberto Salomão Júnior, Rio de Janeiro, Julgamento: 17/02/2016.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0009908-57.2007.8.19.0026, Rel. Marcelo Castro Anatocles da Silva Ferreira, Rio de Janeiro, Julgamento: 05/02/2010.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0009934-71.2014.8.19.0006, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 06/04/2016.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0011192-86.2007.8.19.0063, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 13/02/2009.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0013320-30.2006.8.19.0001, Rel. Ronaldo Leite Pedrosa, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0014377-96.2013.8.19.0007, Rel. Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0015432-27.2007.8.19.0061, Rel. Marcel Laguna Duque Estrada, Rio de Janeiro, Julgamento: 18/02/2011.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0017327-98.2006.8.19.0209, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 13/02/2009.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0024176-03.2012.8.19.0007, Rel. Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 01/07/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0028191-47.2012.8.19.0061, Rel. Carlos Augusto Borges, Rio de Janeiro, Julgamento: 16/06/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0037321-18.2006.8.19.0014, Rel. Andre Ricardo de Franciscis Ramos, Rio de Janeiro, Julgamento: 24/01/2011.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0048503-98.2006.8.19.00001. Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0048503-98.2006.8.19.0014, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 007790-11.2007.8.19.0026, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento: 20/06/2008.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0191633-44.2013.8.19.0001, Rel. Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro, Rio de Janeiro, Julgamento: 11/11/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0275351-41.2010.8.19.0001, Rel. Cezar Augusto Rodrigues Costa, Rio de Janeiro, Julgamento: 10/06/2011.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0290346-832015.8.19.0001, Rel. Juarez Costa de Andrade, Rio de Janeiro, Julgamento 29/01/2016.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0347694-74.20006.8.19.0001. Rel. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez, Rio de Janeiro, Julgamento: 27/04/2017.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 03631-90-07.2010.8.19.0001, Rel. Sandra Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Julgamento: 17/06/2011.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 0430600-77.2013.8.19.0001. Rel. Nearis dos Santos Carvalho Arce, Rio de Janeiro, Julgamento: 10/11/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal n. 2179425-02.2011.8.19.0021, Rel. Carlos Fernando Potyguara Pereira, Rio de Janeiro, Julgamento: 30/06/2014.

TJ/RJ, Apelação Criminal nº 0005530-71.2014.8.19.0007, Rel. Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto, Rio de Janeiro, Julgamento: 08/07/2015.

TJ/RJ, Apelação Criminal nº 0013166-25.2013.8.19.0007, Rel. Carlos Augusto Borges, Rio de Janeiro, Julgamento: 28/07/2014.

TJ/RJ, Recurso de Apelação no Processo nº 0285704-67.2015.8.19.0001. Juíza Cintia Santarém Cardinali, Rio de Janeiro, Data 06/04/2016.