



**PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL,
TRÁFICO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA
E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS
PARA CONSUMO PESSOAL**

<i>Recebido em:</i>	<i>11/07/2016</i>
<i>Aprovado em:</i>	<i>30/06/2016</i>

Rafaela Simões dos Anjos¹

RESUMO: O presente artigo está dividido em cinco partes. Primeiramente, procurou-se demonstrar a evolução histórica dos crimes de drogas no Brasil, passando pelas tendências de políticas criminais existentes e posteriormente, individualizando a política de drogas usada por alguns países, inclusive o Brasil. Em um segundo momento, tratou-se da Lei de drogas brasileira e da polêmica causada pela modificação do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, a qual retirou a pena privativa de liberdade, fazendo com que muitos acreditassem na descriminalização da conduta de portar drogas para consumo próprio. Controvérsia essa que chegou ao STF e foi devidamente dirimida pelo recurso extraordinário 430105/QO/RJ, no qual fora relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Superada essa questão, expuseram-se as atuais teses defensivas da descriminalização da conduta de portar drogas para consumo próprio, inclusive as críticas e os argumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Porte de drogas. Consumo. Descriminalização.

ABSTRACT: This article is divided into five parts. Firstly, we seek to demonstrate the historical evolution of drug crimes in Brazil, through the criminal political tendencies existent and then we analyse the individualizing drug policy used by some countries, including Brazil. In a second moment we talk about Brazilian's law of drug and the controversy caused by amending Article 28 of Law 11343 of 2006, which has removed the detention, causing many

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Graduada em Direito pela Universidade Paranaense (Unipar). Advogada. Conciliadora no TJPR. Endereço eletrônico: rafa13_91@hotmail.com

to believe the decriminalization of conduct to carry drugs to own consumption. Such controversy that reached the Supreme Court and was duly resolved by the appeal 430105/OQ/RJ, reported by Sepulveda Pertence, judge of Brazilian Supreme Court. Overcome this issue, the current defensive theses of decriminalization of conduct to carry drugs for their own use were exposed with all the criticisms and arguments.

KEYWORDS: Drugs. Drugs possession. Consumption. Decriminalization.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretende-se destacar a descriminalização do crime de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006.

Primeiramente, esta pesquisa trata da evolução histórica da legislação sobre drogas no Brasil, desde as Ordenações Filipinas até a Lei de Drogas atual, que entrou em vigor em 23 de agosto de 2006 e possui validade e aplicação até os dias de hoje.

Após, serão abordadas as tendências das políticas criminais sobre o crime supracitado, passando pelo modelo norte-americano, liberal radical, de redução de danos e o modelo terapêutico, destacando que o Brasil adota a política de redução de danos concomitantemente com a política terapêutica.

Tratar-se-á ainda da política de drogas que se aplica em alguns países do mundo, ou seja, como os demais Estados têm legislado quanto à legalização ou não das drogas.

A polêmica nova redação do artigo 28 da Lei 11.343-06 também é abordada no presente trabalho, expondo juntamente com o entendimento da doutrina, que crê que houve a descriminalização do porte de droga e a decisão do STF.

Por fim, apresentar-se-ão as teses defensivas da descriminalização do porte de drogas para consumo e o Recurso Extraordinário 635.659/SP, ainda em curso, o qual pretende descriminalizar tal crime ou ratificar sua criminalização.



O método de abordagem que será utilizado no presente estudo é o dedutivo, uma vez que foram analisadas diversas teorias e normas gerais para se chegar à análise e compreensão da mudança na conduta no que se refere às drogas.

Com relação aos métodos de investigação, utilizar-se-á os seguintes métodos: a) bibliográfico, consistente em determinar uma problemática a partir de referenciais teóricos e de revisão e fichamentos de literatura de obras e documentos; b) método documental, uma vez que algumas partes deste estudo estarão pautadas em fontes documentais como legislações e jurisprudências.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS

Em 1603, ainda nas Ordenações Filipinas, a legislação brasileira já se preocupava com os crimes de drogas, dispondo “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”².

O Regulamento promulgado em 1851 disciplinou a polícia sanitária e a venda de substâncias medicinais e medicamentos.

Em 1890, o Código Penal criminalizou a conduta de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem a legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”³.

² ORDENAÇÕES FILIPINAS. **Quinto livro das ordenações**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=fY8OAAAAYAAJ&pg=PA1240&lpg=PA1240&dq=que+ningu%C3%A9m+tenha+em+casa+rosalgar,+nem+o+venda,+nem+outro+material+venenoso&source=bl&ots=4Faa1Pm8wy&sig=qbxV5PaN0-Cd5tK0-nxnNFIYAWM&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwis3OaFkOnMAhXB1B4KHcoAB_oQ6AEISDAJ#v=onepage&q=que%20ningu%C3%A9m%20tenha%20em%20casa%20rosalgar%2C%20nem%20o%20venda%2C%20nem%20outro%20material%20venenoso&f=false>. Acesso em: 20 mai. 2016.

³ BRASIL. **Código penal de 1890**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

O Código Penal de 1940, em seu art. 281, alterou o Decreto-Lei n. 891 que enumerava algumas substâncias consideradas como entorpecentes.

Em 29 de outubro de 1971, criou-se a Lei n. 5.726/71, a qual modificou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo e, ainda, dispôs sobre medidas repressivas e preventivas ao tráfico e uso de drogas.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, o tráfico de drogas passou a ser considerado delito inafiançável e insuscetível de graça e anistia. Ademais, o diploma previa que o brasileiro naturalizado poderia ser extraditado quando comprovada sua participação no tráfico de drogas, veja-se:

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

XLIII - a lei considerará crimes **inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[...] LI - nenhum brasileiro será extraditado, **salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, na forma da lei; (grifo nosso)

Por meio da Portaria SVS-MS n. 344, a ANVISA relacionou as substância entorpecentes e regulamentou a fiscalização das demais substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

No dia 11 de janeiro de 2002, promulgou-se a Lei 10.409, que dispunha sobre a parte processual dos crimes de drogas.



Desse modo, o Brasil passou a ter duas leis que regulamentava o assunto: a Lei n. 6.368/76 e a Lei 10.409/02, causando uma péssima e confusa situação legislativa⁴.

Por fim, em 23 de agosto 2006 passou a vigorar a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que se encontra vigente até os dias de hoje.

3 TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS DO CRIME DE PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

Zaffaroni e Pierangeli conceituam a política criminal: “A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”⁵.

Assim, pode-se afirmar que a política criminal consiste no conjunto de princípios e recomendações destinados a orientar o Estado, seja no momento de criação da norma, ou no período de sua aplicação ou execução por parte de seus órgãos.

O modelo chamado de “Modelo norte-americano” prega a abstinência e a tolerância zero, adotando-se o encarceramento massivo de todos os envolvidos com drogas.

Contrariamente ao primeiro, o “Modelo liberal radical” dita a liberalização total de drogas para consumo pessoal.

⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gérson Faustino. **Uso de drogas e paternalismo jurídico: os limites da intervenção penal.** Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/USO%20DE%20DROGAS%20E%20PATERNALISMO%20JUR%20%20ECDICO%20COMPL%20ETO.pdf>> . Acesso em: 12 out. 2015.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132.

Destaca-se neste modelo o enfoque que o jornal inglês *The Economist*, com base nos clássicos pensamentos de Stuart Mill, tem dado à liberalização total da droga, sobretudo frente ao usuário.

O “Modelo da redução de danos de origem e aplicação”, na Europa, encara a droga como um problema, principalmente no que se refere à saúde pública e prega a descriminalização gradual das drogas acompanhada de uma política de controle.

Defende o modelo europeu que a redução de danos causados aos usuários e a terceiros é a melhor maneira de encarar o problema e, para tanto, realiza-se entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica aos usuários, entre outras medidas.

Por fim, tem-se o “Modelo de justiça terapêutica”, segundo o qual a solução ou a redução do problema ocorrerá com o tratamento do usuário ou do usuário/dependente. O problema deste modelo é a dificuldade de diferenciar o usuário do dependente, ocorrendo, muitas vezes, a condenação de usuários a tratamentos compulsórios.

3.1 A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA QUANTO AOS CRIMES DE USO DE DROGAS E TRÁFICO DE DROGAS

A política criminal brasileira quanto aos crimes de drogas, através da Lei de Drogas (11.343/06) abarca dois modelos político-criminais, quais sejam, os modelos da “justiça terapêutica” e de “redução de danos”.

Conforme já exposto, o primeiro apregoa que a redução da oferta e da demanda deva ocorrer por meio da intervenção penal, apresentando-se como uma política criminal proibicionista. O segundo, diferentemente, trata do assunto a partir de uma linha prevencionista, preocupando-se com moderações e controle de abusos. Neste sentido, Carvalho e Rosa explicam:



[...] enquanto o primeiro apregoa que a redução da oferta e da demanda deva ocorrer por meio da intervenção penal, apresentando-se como uma política criminal proibicionista. O segundo, diferentemente, trata do assunto a partir de uma linha prevencionista, preocupando-se com moderações e controle de abusos, distanciando-se de respostas meramente repressivas e, principalmente, em razão da estigmatização do usuário ou do dependente decorrente de sua passagem pelo sistema penal⁶.

3.2 A POLÍTICA DE DROGAS NO MUNDO

A política de drogas é um assunto controverso ainda no Brasil. Entretanto, em outros países do mundo, este assunto já foi decidido e a conduta de porte de drogas para consumo foi descriminalizada, como se verá a seguir.

3.2.1 América do Sul

Em se tratando de América do Sul, destaca-se a recente mudança na legislação Uruguia. Em 2013, o então presidente José Mujica regulamentou não somente o porte da maconha para uso próprio, mas também todo o seu ciclo, deixando sob o controle do Estado. Assim, pessoas capazes podem comprar, cultivar e, é claro, portar, usar a maconha legalmente, mediante cadastro.

Em 2009, a vizinha Argentina descriminalizou o porte de drogas para consumo próprio em lugares privados, desde que em pequenas quantidades. Entretanto, vislumbra-se um problema que também ocorre no Brasil: muitas pessoas são enquadradas como traficantes, mesmo portando pequenas quantidades de drogas, uma vez que a expressão “pequenas quantidades” é genérica.

⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gérson Faustino. **Uso de drogas e paternalismo jurídico: os limites da intervenção penal.** Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/USO%20DE%20DROGAS%20E%20PATERNALISMO%20JUR%20ECDICO%20COMPL%20ETO.pdf>> . Acesso em: 12 out. 2015. p. 4.

Bolívia e Venezuela, por sua vez, descriminalizaram o porte para uso pessoal de droga e adotaram ao modelo de “justiça terapêutica”, sujeitando o usuário a internação ou tratamento.

No Chile, o porte de até 10 gramas de maconha para consumo próprio não é considerado crime. Também não é considerado crime cultivar até 06 (seis) plantas desta droga.

Nessa linha, a Colômbia também descriminaliza quem carrega drogas para uso pessoal desde 1994. Todavia, em 2009 o país voltou a criminalizar a conduta. Em 2011, novamente, decidiu-se pela descriminalização do porte de 20 gramas de maconha e 1 (uma) grama de cocaína. Em 2014, finalmente, aprovou-se o uso para fins medicinais.

Nos vizinhos Equador e Paraguai, a quantidade máxima permitida pra configurar uso pessoal é de 10 gramas de maconha e 2 gramas de cocaína.

Por fim, no Peru, apesar de aprovada a descriminalização do porte de drogas desde 2003, muitas vezes, ocorrem situações em que a polícia prende os consumidores, pois não se tem definido qual a quantidade da substância que caracteriza ou não tráfico.

3.2.2 América do Norte e Central

Os Estados Unidos, apesar de dar o nome ao modelo de política criminal de drogas que prega a tolerância zero, desde 2012, observa-se que a política de drogas muda de acordo com o estado. Estados como Washington, Colorado, Oregon e Alasca já legalizaram o consumo recreativo da maconha.

Na Jamaica, país de Bob Marley, ao contrário do que muitos pensavam, o porte de maconha para uso foi legalizado somente no ano de 2015. A maconha está liberada para uso médico, com receita, e religioso, como fazem os rastafáris. A quantidade prevista na lei, por pessoa, é de 57 gramas para porte e até 05 (cinco) plantas para cultivo.



No México, desde o ano de 2009, o porte de 05 gramas de maconha, meio grama de cocaína, 50 miligramas de heroína ou uma pílula de ecstasy é considerado uso pessoal e não causa a prisão. Após três apreensões, no entanto, o usuário tem que se submeter a tratamento, sob pena de processo.

3.2.3 Europa

Na Holanda, país famoso por sua política de tolerância às drogas, nem é tão tolerante assim. Isso porque, é permitido o porte de até 05 gramas de maconha e o cultivo de até 05 (cinco) pés, bem como o consumo em público. Nos *coffee shops*, a venda de maconha é permitida. Até 2013, turistas não podiam entrar nesses lugares, mas atualmente isto se modificou. Importante salientar que, ainda na Holanda, aplica-se a política de redução de danos, o que se vislumbra pelo fornecimento de agulhas e seringas descartáveis para viciados em determinado pontos.

Há 14 anos, Portugal descriminalizou o uso de todos os tipos de drogas, passando a utilizar a política terapêutica, o que significa que, se alguém for flagrado com até 25 gramas de maconha, 02 gramas de cocaína, 01 grama de heroína ou 01 grama de ecstasy, é encaminhado a um comitê composto por médicos e assistentes sociais. Se as quantidades forem superiores, porém, instaura-se processo criminal.

A Constituição alemã, datada de 1994, legalizou a posse de pequenas quantidades de drogas. Ocorre, porém, que cada distrito alemão interpreta a decisão de uma maneira. Assim, as substâncias e quantidades permitidas variam de acordo com a legislação local.

Desde 1982, há uma lei na Espanha que descriminaliza o porte de drogas para consumo pessoal. Permite-se até 200 gramas de maconha, 7,5 de cocaína ou 03 de heroína. As pessoas flagradas, contudo, estão sujeitas multas ou a suspensão da carteira de motorista.

A Itália, por sua vez, descriminalizou o porte de drogas para uso pessoal ainda na década de 1970, mas a regulamentação variou muito ao longo do tempo.

3.3 A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11343-2006 E A POLÊMICA: HOUVE REALMENTE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO?

A Lei nº 11.343/06 alterou as penas do crime de porte de drogas para consumo, passando a prever apenas penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, e medida educativa de comparecimento de programa ou curso educativo. Assim, ficou evidente a impossibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade para o portador de drogas para consumo próprio.

Ocorreu que, com essa inovação, surgiram as polêmicas quanto à natureza da norma e a conseqüente descriminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Luis Flávio Gomes entende que houve a descriminalização formal da posse de droga para consumo pessoal, passando a ser uma infração *sui generis*, uma vez que um fato não pode ser considerado crime por não prever pena de detenção ou reclusão, tampouco pode ser contravenção, veja-se:

Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa) (...) diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de "crime" nem de "contravenção penal" porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, "sui generis". Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por



uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é "crime" nem é "contravenção" nem é um ilícito "administrativo": é um ilícito "sui generis"⁷.

Carvalho e Rosa, de outro lado, discordam da posição de Gomes, entendem que não se pode concluir que a conduta de possuir droga para consumo pessoal deixou de ser crime com base na definição de crime no artigo 1.º da LICP, vez que esta se encontra defasada⁸. Ademais, argumentam que o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal expressamente autoriza a existência de crime sem a cominação de pena privativa de liberdade. Por fim, argumentam que o artigo 28 da Lei 11.343/06 está inserido no designado “Dos crimes e das penas”.

A doutrina majoritária, porém, entende que não existiu a descriminalização do comportamento.

Ávila e Carvalho explicam a posição majoritária:

[...] não houve de maneira alguma a descriminalização de quem possuir drogas para o seu próprio consumo, continuando as condutas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, não obstante a não aplicação de pena privativa de liberdade, serem consideradas crimes e, como tal, penalizadas⁹.

O STF tratou do assunto em fevereiro de 2007, quando apreciou o RE 430105/QO/RJ, do qual fora relator o Ministro Sepúlveda Pertence, resolvendo o seguinte:

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁸ CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gérson Faustino. **Uso de drogas e paternalismo jurídico: os limites da intervenção penal.** Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/USO%20DE%20DROGAS%20E%20PATERNALISMO%20JUR%20ECDICO%20COMPL%20ETO.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015. p. 4.

⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas?** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas-/>>. Acesso em: 12 out. 2015.



I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado¹⁰.

Concluiu-se, pois, que não houve a descriminalização da conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, tampouco constitui infração penal *sui generis*. O que houve foi a despenalização da conduta, ou seja, deixou-se de prever a pena privativa de liberdade para esse crime, prevendo medidas alternativas.

3.4 TESES QUE DEFENDEM A LEGALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

Os defensores da legalização do crime de porte de drogas para o uso criticam o paternalismo jurídico presente no artigo 28 da Lei 11.343/06.

¹⁰ STF - RE: 430105 RJ.

Carvalho e Rosa conceituam o paternalismo estatal como “a proteção do indivíduo contra si próprio, o que passaremos a tratar a partir de agora neste estudo”¹¹.

Desse modo, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida dos cidadãos. Entende-se que o fato de um sujeito possuir drogas para seu próprio consumo não deve ser entendido como objeto legítimo para o Direito Penal, sob pena de violação do direito de liberdade do indivíduo.

Roxin aconselha que “a autolesão consciente, sua possibilitação e promoção não legitimam uma proibição penal”¹².

Outra crítica é quanto ao bem jurídico protegido neste artigo. Não raramente, a doutrina considera a saúde pública como bem jurídico protegido nos crimes previstos na Lei de Drogas.

Os defensores da descriminalização de referido delito argumentam que o bem jurídico protegido pela Lei é a integridade física do usuário.

Isso pode ser constatado nas lições de Luis Greco, que explica que se (2011, p.95, apud Ávila; Carvalho, 2015):

[...] trabalharmos unicamente com bens jurídicos individuais, em especial com a integridade física de quem recebe o tóxico, transformando esses crimes em crimes de perigo abstrato”, seria possível, primeiramente, vislumbrarmos “a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular” e, além disso, deslegitimarmos a absurda sanção cominada, “pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à

¹¹ CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gérson Faustino. **Uso de drogas e paternalismo jurídico: os limites da intervenção penal.** Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/USO%20DE%20DROGAS%20E%20PATERNALISMO%20JUR%20%20ECDICO%20COMPL%20ETO.pdf>> . Acesso em: 12 out. 2015. p. 19.

¹² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



integridade física, essa conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso de lesões corporais¹³.

Os abolicionistas dessa conduta afirmam que o legislador forja um bem jurídico coletivo (a saúde pública) para legitimar a intervenção estatal nos bens jurídicos individuais. Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Ávila criticam tal afirmação:

[...] a mera soma de bens jurídicos individuais não pode ser suficiente para legitimar a existência de um bem jurídico coletivo ou transindividual que, nas hipóteses do Direito Penal de drogas, disfarça a inexistência de realização de perigo concreto ou de lesão à integridade física individual e a ausência de periculosidade intrínseca às condutas incriminadas¹⁴.

Ávila e Carvalho, por sua vez, censuram a alta pena cominada ao crime de tráfico de drogas:

[...] a manifesta desproporcionalidade das sanções cominadas ao tráfico de drogas (reclusão de cinco a quinze anos, e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa – art.33, Lei 11.343/2006) quando comparadas às lesões corporais gravíssimas (sancionadas com reclusão, de dois a oito anos – art.129, §2º, CP)¹⁵.

Amparados nestas críticas, os defensores da descriminalização do crime de porte de drogas para consumo esperam uma nova política de drogas, desvinculada da esfera criminal.

¹³ GRECO, Luis *apud* ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas?** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas-/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas?** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas-/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas?** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas-/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

3.5 A POSSIBILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO NO BRASIL: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

Francisco Benedito de Souza, presidiário, cumpria penas que somavam mais de dez anos de prisão no CDP de Diadema e foi solto em janeiro do corrente ano.

Ocorreu que, durante o cumprimento da pena supracitada, a polícia encontrou 03 gramas de maconha em um marmitex na cela de Francisco.

Após a instrução, Francisco foi condenado com fulcro no artigo 28 da Lei 11.343/06 (porte de drogas para consumo próprio), à pena restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, seu defensor recorreu da decisão, alegando que ninguém pode ser punido por ser usuário, pois o que se faz na vida privada não afeta terceiros.

O recurso chegou então até o STF, por meio do Recurso Extraordinário 635.659, e ainda está em curso.

Abaixo, a síntese da decisão quanto à repercussão geral do tema, um dos requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário:

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

Neste recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153).



Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal.

Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional”¹⁶.

O relator do caso é o ministro Gilmar Mendes, que concorda com o pedido. Para ele, “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”¹⁷.

O Ministro Edson Fachin se pronunciou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, restringindo seu voto à maconha. O ministro explicou que, em temas de natureza penal, o Tribunal deve agir com autocontenção, “pois, a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais”¹⁸.

O ministro Roberto Barroso, por sua vez, se pronunciou pela descriminalização da posse de maconha para consumo pessoa, propondo a legalização do porte de até 25 gramas de maconha ou a plantação de até 06 (seis) plantas fêmeas.

O relator do RE 635659, o Ministro Gilmar Mendes, apresentou voto no sentido de prover o recurso e declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Destacou ainda o relator que a criminalização viola o direito à personalidade do usuário, uma vez que gera uma punição desproporcional.

O Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos, para então proferir seu voto.

¹⁶ RE 635.659/SP.

¹⁷ RE 635.659/SP.

¹⁸ RE 635.659/SP.

O Recurso Extraordinário está em andamento e até o seu julgamento a discussão continua.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, pode-se afirmar que a polêmica quanto à descriminalização do porte de drogas para o uso não é exclusiva do Brasil, tampouco demonstra-se como assunto recente. Muito pelo contrário, em muitos países, a descriminalização dessa conduta já ocorreu há décadas.

Nota-se, ainda, que o Brasil em muito progrediu ao passar a adotar a política de redução de danos, bem como a política terapêutica.

Apesar do debate causado pela mudança da redação do artigo 28 da lei 11343-2006, o qual passou a prever penas diversas da privativa de liberdade para o portador de drogas para uso pessoal, o Supremo decidiu acerca da matéria, esclarecendo que a conduta continua sendo criminalizada.

Os defensores da descriminalização da conduta continuam a expor ideias e a discutilas, tendo chegado recentemente ao Supremo um Recurso Extraordinário, por meio do qual é possível a descriminalização da conduta.

É sabido que o debate acerca do tema é inesgotável, ademais, ainda se espera a decisão do RE nº 635659, porém, é necessário colocar o tema em discussão nos trabalhos acadêmicos, vez que, de uma forma ou de outra, todos os brasileiros são atingidos pela política criminal de drogas adotada pelo país.

REFERÊNCIAS

ALVES, R. de B. **Política criminal contemporânea.** *Justilex* Brasília v.3, n.30, p.20-22, junho, 2004.



ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas?** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera M. **Abolicionismos penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. **Drogas e governamentalidade: uma análise crítica da recente política criminal legislativa uruguaia**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=15322a5c9ba9bef2>>. Acesso em: 15 out. 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. **Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/download/19940/12835>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mai. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17 dez. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 635.659/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://ordin//www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em: 18 out. 2015.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal: legislação penal especial**. v. 4., 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos a prostituição no Código Penal Brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? **Ciências Penais**, Vol. 12, jan-jun. 2010. Disponível em:

<<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/Delitos%20relativos%20E0%20prostitui%20E7%E3o%20no%20C%20F3digo%20Penal%20brasileiro.pdf>> . Acesso em: 10 out. 2015.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO. Gisele Mendes de; ROSA, Gérson Faustino. **Uso de drogas e paternalismo jurídico: os limites da intervenção penal**. Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Gisele%20Mendes%20de%20Carvalho/USO%20DE%20DROGAS%20E%20PATERNALISMO%20JUR%20%20ECDICO%20COMPL%20ETO.pdf>> . Acesso em: 12 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de drogas: comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23/08/2006**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASSETTI, Edson. **O discurso abolicionista penal**. Disponível em:

<http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5022&Itemid=358> Acesso em: 07 dez. 2015.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANCHES. Leonardo. **Conheça os países onde o porte de drogas para uso pessoal não é crime**. Disponível em: <<http://folha.com/no1671352>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SILVA, Leonardo Porfírio Assis Santos. **O paternalismo à luz do artigo 28 da lei nº 11.343/06 (lei de drogas): penalmente, houve a descriminalização de quem possuir**



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

drogas para o seu próprio uso? Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-paternalismo-a-luz-do-artigo-28-da-lei-n-11-343-06-lei-de-drogas-penalmente-houve-a-descriminalizacao-de-quem-possuir-drogas-para-o-seu-proprio-uso/119655/#ixzz3ofDU9Lj2>>. Acesso em: 14 out.2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZEIDAN, Rogério. **Direito penal contemporâneo:** fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013.