

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
VITOR BARROS MOURO**

**O Art.28 da Lei 11.343 de 2006: Reflexões acerca de sua
inconstitucionalidade à luz do Recurso Extraordinário 635.659**

**Juiz de Fora
2018**

VITOR BARROS MOURO

**O Art.28 da Lei 11.343 de 2006: Reflexões acerca de sua
inconstitucionalidade à luz do Recurso Extraordinário 635.659**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel, sob
orientação do Prof. Leandro
Oliveira Silva.

**Juiz de Fora
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

VITOR BARROS MOURO

O Art.28 da Lei 11.343 de 2006: Reflexões acerca de sua inconstitucionalidade à luz do Recurso Extraordinário 635.659

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Leandro Oliveira Silva
Faculdade de Direito – Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Faculdade de Direito – Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Faculdade de Direito – Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2018

RESUMO

O presente trabalho objetiva expor reflexões acerca da inconstitucionalidade do art.28 da Lei 11.343/06, cuja questão está em análise no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 635.659. Por muito tempo, o problema relacionado à descriminalização das drogas era visto como um verdadeiro tabu. No entanto, como todo problema, a referida questão merece enfrentamento. Ante o atual estágio da sociedade, é imprescindível uma reflexão acerca do tema, haja vista a necessidade de buscar alternativas para a fracassada política criminal de combate às drogas. A presente pesquisa possui como marco teórico a teoria do mecanismo de controle de constitucionalidade em matéria penal, a qual foi apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes no referido Recurso Extraordinário. Assim, realizou-se uma análise criteriosa de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a partir da verificação de seus níveis de intensidade. Em um primeiro momento, buscou-se realizar um panorama do supracitado Recurso Extraordinário, após, destacou-se os principais assuntos discutidos na Suprema Corte, como o direito à intimidade, a questão do bem jurídico e a verificação da constitucionalidade por meio de níveis de intensidade. Por fim, concluiu-se pela não justificabilidade da intervenção do Direito Penal e a necessidade de alternativas para o enfrentamento do tema, como a relocação do tema para outro ramo do direito, o incentivo de políticas públicas e a fixação de critérios objetivos para distinguir o traficante do usuário.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Vida Privada. Direito à Intimidade. Bem Jurídico. Princípio da Proporcionalidade. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to expose reflections about the unconstitutionality of art. 28 of Law 11.343/06, whose issue is under analysis in the Federal Supreme Court, through Extraordinary Appeal 635.659. For a long time, the problem of drug decriminalization was seen as a real taboo. However, like any problem, this issue deserves to be addressed. Given the current state of society, it is essential to reflect on the issue, given the need to seek alternatives to the failed criminal policy to combat drugs. The present research has as theoretical framework the theory of the mechanism of control of constitutionality in criminal matters, which was presented by Minister Gilmar Mendes in said Extraordinary Appeal. Thus, a careful analysis of doctrinal and jurisprudential positions was performed based on the verification of their levels of intensity. At first, an attempt was made to make a panorama of the aforementioned Extraordinary Appeal, after highlighting the main issues discussed in the Supreme Court, such as the right to privacy, the issue of legal good and verification of constitutionality through levels of intensity. Finally, it was concluded that there was no justification for the intervention of Criminal Law and the need for alternatives to face the issue, such as relocating the issue to another branch of law, encouraging public policies and setting objective criteria to distinguish trafficker.

Keywords: Unconstitutionality. Private life. Right to Intimacy. Protected Legal Interest. Principle of proportionality. Control of Constitutionality.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659 | 8 |
| 2.1 Do Direito à Intimidade e à Vida Privada | 9 |
| 2.2 A Questão do Bem Jurídico | 13 |
| 2.3 Da Verificação da Constitucionalidade da Norma | 23 |
| 3 CONCLUSÃO | 33 |
| REFERÊNCIAS | 35 |

1 INTRODUÇÃO

Desde a vigência da Lei 6.368/76, o crime de porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal é permeado por discussões acerca de seus aspectos jurídicos e sociais.

Tal questão não se modificou com o advento da Lei 11.343/06, a qual manteve a criminalização da referida conduta com “a finalidade de prevenir o uso indevido, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes de drogas”¹, por meio de penas não privativas de liberdade, como a advertência, prestação de serviço à comunidade e medidas de participação em programas educativos.

De fato, a temática sempre foi alvo de discussões ao longo dos anos, seja no meio social, acadêmico ou jurídico, ante a relevância e repercussão que o tema sempre despertou, principalmente, em países onde o consumo dessas substâncias vem aumentando de forma expressiva, a exemplo do Brasil.

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal, com reconhecida repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 635.659, que discute acerca da inconstitucionalidade do art.28 da Lei Antidrogas. Até o momento, foram proferidos três votos no sentido de confirmar a contrariedade do mencionado enunciado normativo com a Constituição Federal, o que demonstra a mudança de posicionamento do STF a respeito do tema, haja vista que, há muito adotava uma postura conservadora em face da temática, a exemplo do entendimento da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância no delito de porte para consumo pessoal (*HC n. 102.940/ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 6.4.2011*).

Cabe ressaltar que ante o atual estágio do processo na Suprema Corte, o presente trabalho não tem a pretensão de exaurir o tema e tampouco apresentar uma solução para a atual política criminal de combate às drogas, o que se pretende, é refletir sobre os principais argumentos acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, contrapondo-os com outras teses doutrinárias, jurisprudenciais e até mesmo, oriundas de outras ciências.

Por fim, à luz do conhecimento acadêmico adquirido ao longo da graduação, o trabalho será encerrado expondo os ideais acerca da questão, considerando a atual missão do Direito Penal frente ao Estado Democrático de Direito

¹ Art.1º – Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

2 O Recurso Extraordinário nº 635.659

O RE nº 635.659 foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no ano de 2010, com o fim de questionar a decisão do Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP, que entendeu pela constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, mantendo a condenação do indivíduo por porte de drogas para consumo pessoal.

A Defensoria alega que o dispositivo em questão confronta-se com a Constituição Federal por violar o art.5º, inciso X, da CRFB/88².

Em 09.12.2011, o STF reconheceu a presença de repercussão geral no tema sob a rubrica “tipicidade penal do porte de droga para consumo pessoal”.

Dada a grande relevância do tema, um expressivo número de *amicus curiae*, representando diversos seguimentos sociais, ingressaram no caso, oportunidade em que foi iniciado o julgamento no dia 19.08.2015.

No dia 20.08.2015, em sessão de continuidade, o Ministro, Relator, Gilmar Mendes, prolatou seu voto, defendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade do art.28. Em seguida, o Ministro Edson Fachin fez pedido de vista dos autos.

Após a vista, no dia 10.09.2015, os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso proferiram seus votos também pela inconstitucionalidade do enunciado normativo. Por fim, foi feito pedido de nova vista pelo Ministro Teori Zavascki.

Desde então, o julgamento aguarda prosseguimento nas mãos do então Ministro Alexandre de Moraes.

Nesse meio tempo, inúmeras discussões e reflexões foram levantadas pela doutrina e órgãos de diversos seguimentos sociais, principalmente, direcionadas aos votos já proferidos no recurso.

De início, cumpre ressaltar que os três votos manifestados até então, mantiveram a preocupação de diferenciar os seguintes termos: proibição, despenalização e descriminalização, sendo este último o principal foco dos ministros. Com o intuito de facilitar o entendimento acerca do tema, tais termos merecem ser analisados.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em seu voto, o Relator Ministro Gilmar Mendes, conceituou as referidas terminologias da seguinte forma: entendeu-se como proibição, a imposição de sanções criminais em relação à produção e posse de determinadas drogas que não fossem para fins científicos ou medicinais (BRASIL, RE 635.659, 2015).

Quanto à despenalização, destacou que consiste na exclusão de pena privativa de liberdade em relação às condutas de posse para uso pessoal. Todavia, sem afastá-las do campo da criminalização (BRASIL, RE 635.659, 2015). É o caso do que ocorreu com o art. 28, ora em estudo, após o advento da Lei 11.343/06, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 27.04.2017.

Concernente à descriminalização, Gilmar referiu-se a exclusão de sanções criminais, e, por conseguinte, a tutela pelo Direito Penal, destacando que tal fato não significa o uso irrestrito de drogas, mas sim, a tutela por outros ramos do direito, a exemplo do direito administrativo (BRASIL, RE 635.659, 2015).

Vencida essa análise terminológica e esclarecido o contexto do Recurso Extraordinário em exame, passa-se à reflexão sobre os principais argumentos referentes à inconstitucionalidade do art.28 da Lei 11.343/06.

2.1 Do Direito à Intimidade e à Vida Privada

Entre aqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo em tela, possuem a tese de violação ao inciso X, do art.5º, da CRFB/88, como um de seus principais argumentos, cujo enunciado normativo segue transcrito:

Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A proteção da privacidade, a qual compreende a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, é assegurada no texto constitucional, na forma de direito fundamental e como corolário da dignidade da pessoa humana, que assegura o indivíduo a viver pautado no postulado da liberdade. Portanto, nos dizeres de Marina Tomaz Katalinic Dutra, representa espécie de direitos da personalidade e garantia constitucional, expressando-se como direito de preservação dos aspectos mais intrínsecos do homem em prol da restrição de intromissões indevidas nessa esfera particular, seja por parte do Estado ou por particulares. (2006).

A liberdade, por sua vez, é um direito essencial nas sociedades democráticas. Contudo, mesmo dotada de tal relevância, o seu exercício é passível de restrição. Nesse sentido, preleciona o Ministro Carlos Britto (BRASIL, ADPF 130, 2009):

(...) mesmo as garantias fundamentais cedem espaço à atuação de outras de igual hierarquia, limitando-se mutuamente. A intimidade e a vida privada não são direitos ilimitados; podem ser restringidas, como de fato são, quando se deparam com outros direitos fundamentais em aparente confronto como, por exemplo, na tensão “liberdade de imprensa x intimidade”, em que esta cede espaço àquela.

Porém, o que não se admite é a existência de norma infraconstitucional que, por si só, diminua a eficácia de direito fundamental.

Desse modo, sendo o artigo 28 uma norma de natureza infraconstitucional, é inaceitável que a mesma possa diminuir ou, até mesmo, excluir a eficácia e o exercício de direito fundamental, no caso, a intimidade e a vida privada.

Conforme dito, a liberdade, como todo direito fundamental é limitada. No entanto, tal garantia possui um núcleo intangível, que é a autonomia individual.

Tal autonomia consubstancia na emanção da dignidade da pessoa humana, a qual assegura o indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer suas escolhas existenciais a partir de suas próprias concepções e “de se assegurar da própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade.” (MARTINS, 2005, p. 175-716).

Nessa toada, a sociedade e tampouco o Estado não encontram legitimidade para exercerem suas interferências nessa esfera da liberdade. O indivíduo deve encontrar um campo propício para exercer, em sua potencialidade, seus atributos como pessoa humana. Contudo, uma vez atingidos direitos alheios, tal liberdade deve ser restringida.

Em relação ao tema do presente trabalho, o Ministro Luís Roberto Barroso expõe da seguinte forma (BRASIL, RE 635.659, 2015):

O Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra, educar e advertir a população. Mas punir com direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais. Para poupar a pessoa do risco, o Estado vive a vida dela. Não parece uma boa ideia.

Como já exposto, a máquina estatal deve evitar a interferência no campo da autonomia individual, permitindo que o indivíduo exerça suas escolhas existenciais.

Tércio Sampaio, corrobora com o tema afirmando que ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência e do seu agir, incumbindo ao Estado propiciar as condições desse exercício, mas sem substituir o homem na tomada de suas escolhas e decisões. (2007, p. 195-196).

Não é crível que o Estado imponha com quem se deva casar, qual religião e profissão seguir ou qual o estilo de vida a ser adotado e tampouco reprimir, por meio das vias do Direito Penal, que o indivíduo fume um cigarro de maconha ou faça uso de bebidas alcoólicas, desde, conforme já exposto, não viole direito alheio.

Nesse entendimento, continua o Ministro Barroso em seu voto no recurso em análise (BRASIL, RE 635.659, 2015):

O indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso.

Concernente ao bem jurídico protegido pela norma impugnada, o presente trabalho irá tratá-lo em tópico específico. No entanto, neste momento cabe mencionar que a vida prática já demonstrou que a referida conduta não enseja em risco a direitos alheios.

Em contrapartida, é inegável que o uso de substâncias entorpecentes traga sérios riscos para a saúde individual, a exemplo da dependência. Todavia, o Estado não deve impor qual estilo de vida a ser seguido, o que é melhor ou não para a saúde da pessoa, eis que “o indivíduo é senhor do próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo” (QUEIROZ, 2016), além do mais, tal fato encontra-se abrangido no campo de sua autonomia individual.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin destacou os ensinamentos de Carlos Santiago Nino, o qual afirma que há, ao menos, três argumentos que sustentam a punição do consumo de drogas, quais sejam: um de origem paternalista, que justifica a sanção por meio de um viés de reprovação e prevenção geral. Em outras palavras, visa a proteger as pessoas contra os danos causados pelo consumo de drogas; outro de defesa da sociedade, que preocupa-se em proteger os demais cidadãos, os quais podem sofrer efeitos negativos provocados pelos atos de quem usa substâncias entorpecentes; E, por fim, um argumento perfeccionista, que consiste na imposição de um padrão de conduta individual, determinando um modelo de moral privada aos cidadãos, que o Estado se julga digno e adequado. (BRASIL, RE 635.659, 2015).

Verifica-se que este último argumento, de origem perfeccionista, representa uma afronta direta à intimidade e a vida privada, tendo em vista que o Estado vai além de sua legitimidade de agir, ingressando no mais íntimo da esfera particular, no campo da autonomia individual, na tentativa de impor rótulos morais a serem seguidos.

Cabe então, distinguir a imposição de condutas de comportamento, da imposição de um modelo de condutas morais.

É certo que o Estado, encontra plena legitimidade em impor condutas de comportamento, por meio de normas incriminadoras ou administrativas, com o intuito de velar pela segurança pública e a integridade das relações sociais.

Contudo, conforme assegura a Constituição da República em seu rol de direitos fundamentais, é inadmissível que o ente estatal estabeleça padrões de condutas morais. Cabe tão somente ao indivíduo, no exercício de seu direito de personalidade, se autodeterminar e fazer suas escolhas existenciais. Não é aceitável que o Estado invada essa esfera tão íntima da vida privada e passe a viver a vida do cidadão, controlando e regulando suas decisões relativas à sua existência e à sua personalidade, o que resultaria em uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, leciona o Ministro Edson Fachin (BRASIL, RE 635.659, 2015):

Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Ou seja, os ideais de excelência humana que integram preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo. Essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito, como se acontecer nas sociedades liberais.

Assim sendo, criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal representa uma imposição de padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim, o Estado passa assumir e tomar decisões de caráter existenciais em nome do usuário, decidindo por ele, o que é melhor para si, para sua saúde e qual o estilo de vida a ser seguido. Situação esta, que reduz o indivíduo a condição humana, menosprezando sua personalidade e autonomia individual, direito este, visto como fundamental e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa um dos fundamentos da República.

Dessa forma, é preciso distinguir a moral do direito. O Ministro Luís Roberto Barroso assevera (BRASIL, RE 635.659, 2015):

Há coisas que a sociedade pode achar ruim, mas nem por isso, são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área.

Assim, conclui-se que o Direito Penal não tem legitimidade de intervir nas escolhas pessoais e existenciais e tampouco impor padrões de comportamentos morais que aumentam ainda mais o desrespeito à diversidade, ao pluralismo e ao menosprezo aos direitos da personalidade, o que fomenta a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 A Questão do Bem Jurídico

Outro ponto que há bastante discussão acerca do tema é a questão do bem jurídico.

De início, deve ser levado em conta que a definição de bem jurídico varia no tempo e espaço, de acordo com o conceito público e privado, com a forma de governo e com a sociedade (BATISTA, 2007). Por este motivo, há inúmeras discussões que pairam em torno do bem jurídico, o que configura uma difícil tarefa encontrar uma conceituação fechada e precisa para o tema.

Sobre bem jurídico, assim são os ensinamentos de Claus Roxin (2006, p. 18-19):

(...) podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Desse modo, entende-se que bens jurídicos são bens vitais da comunidade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua relevância a manutenção do tecido e da ordem social. Assim, dada sua significância, são tutelados por meio de normas incriminadoras.

Como expressão da *ultima ratio* e o do princípio da subsidiariedade, o Direito Penal se incumbem de proteger apenas aqueles valores mais relevantes para a vida em comunidade e para o desenvolvimento humano, os quais são fundamentais para uma coexistência pacífica. Em outras palavras, apenas merece a intervenção jurídico-penal, se violado bem jurídico que “componha o acervo do que é essencial para o desenvolvimento social dos seres humanos.” (BUSATO, 2015, p. 352).

De acordo com a doutrina, o bem jurídico resguardado nos crimes previstos na Lei 11.343/06 é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudicaria não somente a saúde dos usuários, mas também todo o sistema de saúde coletivo.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi preleciona (2009, p.86):

O bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco à própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso da droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.

Com este argumento, a maior parte da doutrina entende que o art.28 da Lei 11.343/06 está de acordo com os postulados constitucionais, por não violar o princípio da alteridade, visto que o uso de substâncias entorpecentes transcende a esfera pessoal do usuário, o que permite a criminalização de sua conduta.

Assim, entendem que a criminalização do porte de drogas não é incompatível com a Constituição Federal, pois a mera conduta do indivíduo que traz a droga consigo, coloca em risco a saúde pública, representando um potencial perigo de propagação do consumo de substâncias entorpecentes no meio social.

Destacam ainda, que outros bens jurídicos, além da saúde pública, são atingidos pelo porte de drogas, a exemplo da segurança pública, eis que, comumente, o usuário pratica outros crimes de modo a sustentar seu vício. Além do mais, defendem que tal conduta fomenta ainda mais a traficância.

O Professor Renato Brasileiro Lima (2017, 693 p.), partidário dessa corrente, afirma ainda, que a declaração da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal não encontra arrimo no argumento de que a tutela pelo Direito da Penal não vem surtindo o efeito desejado em relação à “guerra contra as drogas”. Exemplificando com condutas delituosas como homicídios, latrocínios e roubos, que também não vem surtindo o efeito desejado, e, nem por isso, deveriam ser descriminalizadas.

Assim sendo, essa parcela da doutrina entende que, o que se pune não é o mero uso de substâncias entorpecentes, mas sim, o porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que, tal conduta produz efeitos negativos para além da esfera individual do usuário, tendo em vista o “risco presumido” em que é exposto o sistema de saúde.

Ocorre que o entendimento acerca da constitucionalidade do art.28 da Lei 11.343/06 merece reflexões. Ao contrário do posicionamento dessa parcela doutrinária, vislumbra-se que a conduta prevista no supracitado dispositivo legal não transpassa a pessoa do usuário, ou seja, não viola direitos alheios. Logo, sua criminalização afronta os princípios da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) e da alteridade.

Se, de um lado, há o princípio da intervenção mínima permitindo a intervenção do Direito Penal apenas quando estiver diante de ataques aos bens mais importantes, de outro, há o princípio da ofensividade limitando ainda mais a atuação penal, orientando quais as condutas que poderão ser incriminadas.

Para a incidência do Direito Penal, “a conduta há de afligir o interesse protegido pela norma de modo suficiente a justificar a intervenção penal. É necessário que o tipo de ação seja ofensivo o suficiente para determinar a necessidade de emprego do aparato punitivo”. (BUSATO, 2015).

Pode-se ainda afirmar, que o referido princípio possui duas funções primordiais dentro do sistema jurídico, as quais se referem ao momento de sua aplicação. A primeira delas é a função político-criminal que tem por objetivo orientar a política criminal, e, por conseguinte, a atividade legislativa relacionada à criação de tipos penais, limitando o poder punitivo estatal (DOTTI, 2010).

Como segunda função, destaca-se a interpretativa ou dogmática, que é exercida após a etapa legislativa e diz respeito ao momento de aplicação da lei penal, ocasião em que o intérprete, por meio de um juízo de adequação e verificação, analisará se no caso concreto houve ofensa relevante a determinado bem jurídico (DOTTI, 2010).

O presente trabalho tem como foco a primeira função, tendo em vista que a pretensão aqui contida, mais precisamente neste tópico, é refletir acerca da adequação da norma ao princípio da ofensividade, ou seja, temos como premissa a seguinte indagação: O legislador, no momento da criação da norma do art.28, observou dados e circunstâncias concretas e realistas acerca da lesividade da conduta ou apenas observou critérios empíricos e distantes da realidade?

A depender da resposta dada a pergunta, é possível analisar se, de fato, houve ofensa ao princípio em estudo.

Ressalta-se que o presente trabalho não tem a pretensão de firmar um entendimento científico acerca do tema, mas sim, de refletir e contrapor os argumentos doutrinários e jurisprudenciais, mais precisamente os contidos no RE 635.659, com dados estatísticos relacionados à problemática.

Em seu voto, no Recurso Extraordinário alvo do presente trabalho, o Ministro Luís Roberto Barroso foi categórico ao tratar do tema (BRASIL, RE 635.659, 2015):

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio.

Conforme já exposto, não encontra razão o argumento de que a conduta de portar drogas para consumo pessoal viole bens jurídicos alheios, eis que o único atingido por tal ação é o indivíduo.

Há jurisprudência relevante no sentido de que o indivíduo que usa sua liberdade para se drogar afeta a saúde pública, na medida em que terá de se submeter a atendimento/tratamento médico custeado pelo Estado, gerando um verdadeiro colapso no sistema de saúde.

Ora, será mesmo que o consumo de substâncias ilícitas abala consideravelmente a saúde pública?

Conforme a última pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), apenas 1,2% de todas as internações que têm lugar no SUS está diretamente associadas ao consumo de drogas, sob a perspectiva *lato sensu*, incluindo as drogas lícitas e ilícitas.

Em outros números, a pesquisa adaptada no ano de 2016 aponta que no ano de 2007 houve 138.585 internações cujo diagnóstico principal foi algum transtorno mental e comportamental causado pelo uso de drogas, sendo 69% dessas internações causadas pelo uso de álcool e 5% delas ligadas ao uso de drogas ilícitas, como a cocaína.

Com esses dados, é possível inferir que as drogas estão longe de ser o principal motivo das internações pelo SUS, o que desconstitui o argumento de que o consumo de substâncias entorpecentes possui potencial risco de abalar o sistema de saúde.

Como se vê, 69% das internações pelo SUS estão ligadas ao consumo de álcool contra os 5% referentes ao consumo de drogas ilícitas. Ora, parece que fato gerador da crise no sistema de saúde coletivo não são as substâncias entorpecentes vedadas pela lei, mas sim, as drogas que há um bom tempo deixaram de ser vistas como ilícitas.

Portanto, verifica-se que há uma verdadeira contradição no ordenamento jurídico e que o argumento de que o porte de drogas para consumo pessoal deve ser criminalizado com o fim de assegurar a saúde pública caiu por terra.

Corroborando, a mesma pesquisa apontou o quadro de dependência observado no uso de drogas, demonstrando que dos entrevistados 10,1% se dizem viciados em tabaco, 12,3% em álcool e apenas 1,2% em maconha.

Desse modo, constata-se um inexpressivo número de pessoas que se dizem viciadas em maconha, ao contrário das demais drogas lícitas como o álcool e o tabaco, dado este que representa uma necessidade de mudança de foco por parte do Poder Público.

Se, realmente, a intenção do Estado é prezar pela saúde pública, é necessário que outras drogas possam ser melhores reguladas e fiscalizadas, repita-se: reguladas e fiscalizadas, e não criminalizadas.

Ou seja, não é necessária a criminalização das drogas lícitas, porém, é imprescindível a mudança de visão por parte do Estado, principalmente, acerca do bem jurídico tutelado pela norma do art.28, sob a ótica de critérios reais e concretos, despindo-se de orientações meramente morais e conservadoras.

Guiado por entendimento contrário ao da doutrina majoritária, aduziu o Ministro Luís Roberto Barroso acerca da abstração do bem jurídico tutelado pela norma em exame (BRASIL, RE 635.659, 2015):

Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma.

E isso, é fato. Apelar para um bem jurídico de caráter tão vago, que nem a própria jurisprudência consegue atribuir um conceito concreto origina mais prejuízos que benefícios, os quais a referida norma tão almeja alcançar, qual seja, a tutela da saúde coletiva.

A mesma pesquisa aponta que apenas 10% dos entrevistados afirmaram já ter buscado tratamento para droga/álcool, fato este preocupante e ao mesmo tempo contraditório com os fins da norma.

Nessa toada, arremata Paulo Queiroz (2016, p.16):

Se a preocupação com a saúde pública fosse a questão política fundamental no particular, o mais adequado não seria a criminalização da produção, do comércio e do consumo de droga, mas a sua legalização pura e simples, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas, mesmo porque a distinção entre umas e outras é arbitrária. Seria o caso, portanto, de tratar a droga não como problema de polícia, mas como um problema – gravíssimo, sem dúvida – de saúde pública.

É inegável que o consumo de drogas, seja lícita ou ilícita, produz inúmeros malefícios para a saúde do usuário, os quais, por serem constantemente divulgados, não é preciso mencioná-los. Todavia, o indivíduo é o dono de sua vida, o senhor de seu próprio corpo, destino e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si. Logo, não é crível que o Estado interfira na sua esfera individual e determine o padrão de vida a ser seguido, cabendo a pessoa exercer, em sua plenitude, seus direitos existenciais.

Nesse sentido, asseverou o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, RE 635.659, 2015):

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

Da mesma forma, preleciona Roxin (1981, p.25 e 28):

(...) só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos (...).

Portanto, observa-se que o art.28 da Lei 11.343/06 viola o princípio da alteridade e “incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais.” (BATISTA, 2007, p. 92-93).

Um segundo argumento que a doutrina constantemente utiliza é a necessidade de tutela da segurança pública, eis que o consumo de substâncias entorpecentes fomenta o tráfico e aumenta a incidência de outros crimes cometidos pelos usuários para sustentarem os seus vícios, a exemplos dos relacionados ao patrimônio.

Todavia, conforme bem lembrou o Ministro Edson Fachin, “para prevenir e reprovar eventuais condutas excessivas dos usuários de drogas, o Direito Penal já oferece uma série de outras sanções”. (BRASIL, RE 635.659, 2015).

O usuário que furta ou pratica um roubo para sustentar seu vício deve ser punido pelas ações delituosas previstas nos artigos 155 e 157 do Código Penal, respectivamente, mas não

pelo uso em si da droga. Dessa forma, todas essas condutas derivadas causadoras de danos já são objetos de previsão e tratamento pelo Direito Penal.

Portanto, a ideia de que a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 afronta bens de terceiros é insustentável, pois toda e qualquer ação, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável. (BRASIL, RE 635.659, 2015).

Ademais, proibir a produção, o comércio e o consumo de drogas significa jogar no mercado ilegal um negócio lucrativo, que movimentava bilhões de dólares por ano. Ao proibir substâncias cuja demanda é alta, o Estado abre mão de regular esse comércio, que passa a ser controlado por grupos criminosos.

Todavia, imaginar que com a descriminalização da maconha, por exemplo, o narcotráfico chegará ao seu fim é um pensamento tanto quanto utópico. O que deve ser feito é um reexame do assunto e passar a refletir acerca de novos meios de combate ao tráfico. É certo que a “Guerra às Drogas” da maneira pela qual está sendo realizada é um fracasso! Milhares de pessoas morrem todos os anos, inocentes, policiais e crianças e o aparato das organizações criminosas só aumentam.

É imprescindível que o mercado de drogas seja visto sob outra ótica, que seja tratado como uma verdadeira atividade econômica, regulada e fiscalizada pelo Estado, a fim de que o poder que se encontra nas mãos de traficantes seja reduzido e passe, efetivamente, para as mãos do Estado.

Outro tema relativo ao bem jurídico tutelado pela norma prevista no art.28 da Lei 11.343/06 é a questão dos crimes de perigo abstrato.

Sobre o conceito dessa espécie de crime, aduziu o Ministro Gilmar Mendes em seu voto (BRASIL, RE 635.659, 2015):

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

Assim, os crimes de perigo abstrato são definidos como aqueles que não exigem a configuração de risco concreto ao bem jurídico no caso concreto, apenas presunção absoluta de periculosidade, por meio de dados empíricos.

Em razão de tal premissa, é que parte da doutrina entende pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, eis a ausência de lesividade da conduta a um dado bem jurídico.

Os argumentos que compartilham desse entendimento podem ser assim resumidos nos moldes de Bittencourt (2012, p. 111):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Conduto, conforme asseverou o Ministro Gilmar Mendes, tal entendimento cabe ressalvas (BRASIL, RE 635.659, 2015):

Cabe observar que a definição de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato acaba se mostrando, muitas vezes, como alternativa mais eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde pública, entre outros, o que permite ao legislador optar por um direito penal nitidamente preventivo.

Com o avanço do mundo moderno, das relações humanas e da “sociedade de risco”, a população moderna passou a clamar pela tutela de novos bens e valores que até então não eram vistos como essenciais, a exemplo do meio ambiente, da saúde e da segurança pública.

Os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real e concreto. Ao fazer uso desta modalidade delitativa, quer o Direito Penal da atualidade proporcionar uma maior sensação de segurança ao corpo social.

Ademais, dada a peculiaridade desses bens, que na maioria das vezes são representados por direitos coletivos, se faz necessária uma antecipação da tutela penal com o fim de protegê-los de uma futura e eventual violação. Desse modo, a sanção punitiva recai na própria conduta do agente de modo a prevenir possíveis lesões oriundas de sua ação.

Com efeito, os crimes de perigo abstrato são fonte de inúmeros debates calorosos pela reviravolta que o seu conceito ocasionou no âmbito do Direito Penal Clássico e em razão de

seu conflito com as tradicionais interpretações e princípios fundamentais das ciências criminais, a exemplo do princípio da ofensividade. (MENDES, RE 635.659, 2015, p.13):

Todavia, para que não torne uma ciência estática e engessada, é imprescindível que o Direito Penal acompanhe o aumento da sofisticação da vida na sociedade contemporânea, principalmente das atividades econômicas, das relações de consumo, das relações humanas e do acesso à informação.

Por este motivo, torna-se necessária a presença dos crimes de perigo abstrato na seara do Direito Penal Moderno. Contudo, tendo em vista a flagrante contradição com os princípios e hermenêuticas constitucionais, o legislador deve se atentar à excessiva tipificação de delitos dessa espécie.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aduz que “a atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade”, por meio da análise do princípio da proporcionalidade, oportunidade em que deve ser aferido o grau potencial de lesão ao bem jurídico que se buscou tutelar por meio do Direito Penal. (2015, p.13).

Comungando entendimento semelhante, Rodrigo Iennaco de Moraes faz referência ao questionamento de Francesco D’Alessandro (2006, p. 147):

(...) qual é o grau de probabilidade necessário para que um perigo possa ser individualizado e tomado como objeto de previsão sancionatória pela lei penal? Ou seja, o debate se projeta, na atualidade, sobre a medida da probabilidade na determinação do perigo penalmente relevante, e não mais no questionamento apriorístico da constitucionalidade desse tipo de construção normativa. A questão se revela ainda mais complexa quando se percebe a relação entre as indicações de probabilidade que provêm dos saberes extrajurídicos, ligando-se à problemática relação que guarda com o conceito de risco.

De maneira diversa, o Ministro Edson Fachin aduz que a legitimidade dos crimes de perigo abstrato se encontra na imposição de um dever de cuidado dada a relevância dos bens a serem protegidos (BRASIL, RE 635.659, 2015).

O controle de constitucionalidade sobre a incriminação de tipos de perigo abstrato não recai, portanto, sobre a potencialidade de ofensa a um determinado bem jurídico, nem sobre a sua potencialidade concreta. Trata-se, em verdade, de se analisar se é adequada a imposição de dever de

cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislador. Assim, se o homem prudente pressuposto pelo legislador corresponder ao que invocaria o Judiciário, a imposição do dever seria adequada.

Portanto, conclui-se que uma vez superada a discussão acerca da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, o que resta é a questão acerca de sua legitimidade no âmbito do ordenamento jurídico, a qual deve ser aferida por intermédio do princípio da proporcionalidade, conforme preleciona o Ministro Gilmar Mendes, sendo legítima a tutela antecipada do Direito Penal apenas para aqueles bens essenciais, que possuem grau de probabilidade de risco de lesão elevadíssimo, com o fim de que seja evitado eventual dano irreparável, ou, segundo o Ministro Edson Fachin, por meio da análise da adequação de um dever de cuidado, que consiste em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico é justificável.

Diante dos dois ensinamentos, encontram-se duas premissas em comum: a primeira, refere-se que qualquer excesso na utilização dessa espécie de delito na tipificação de condutas e na interpretação dos tipos penais, deve ser afastado do sistema jurídico ante a visível contradição que tais crimes possuem com os princípios tradicionais penais; segunda, ambos os ensinamentos possuem o mesmo objetivo, qual seja, limitar a atividade legislativa e jurisdicional na definição de crimes desta natureza, de modo a preservar os ditames constitucionais e a harmonia do ordenamento jurídico. Por tal motivo, entendo que ambos os posicionamentos merecem ser vistos sob uma ótica complementar.

O bem jurídico tutelado pela norma contida no art.28 da Lei 11.343/06 é vago, remoto e não apresenta sequer elevado grau de probabilidade de risco de lesão à saúde coletiva, conforme já exposto no presente trabalho, razão pela qual, sua proteção por meio de delitos desta natureza configura medida desarrazoável e desproporcional.

Ademais, justificar a subsunção da referida conduta a tipo penal de perigo abstrato visando um dever de cuidado, não é a melhor estratégia de proteção ao bem jurídico em exame, tendo em vista que o Direito Penal não é a melhor opção para a tutela da saúde pública, como demonstrado em alhures.

Verifica-se que o legislador ao criar o tipo penal do art. 28 não observou os dados e circunstâncias reais acerca do bem jurídico a ser tutelado, apenas foi guiado por questões meramente políticas, éticas e conservadoras.

Nesse sentido, afirma Iennaco (2016, p. 145), que “não são poucos os casos em que o legislador considera uma conduta perigosa abstratamente, porém sem amparo previamente determinado pela experiência, mas por determinadas precauções baseadas em questões políticas ou éticas”.

Por todo exposto, vislumbra-se que embora prevaleça o entendimento que os crimes de perigos abstratos são dotados de constitucionalidade, estes devem ser submetidos, tanto na fase da atividade legislativa quanto na jurisdicional, a instrumentos de fiscalização e adequações aos postulados constitucionais, qualquer excesso por parte do legislador ou do intérprete do direito deve ser afastado do ordenamento jurídico, sendo inadmissível que a adoção de critérios remotos, vagos, morais e meramente éticos justifiquem a classificação de certa conduta como de perigo abstrato, como é o caso da norma incriminadora contida no art.28 da Lei 11.343/06.

2.3 Da Verificação da Constitucionalidade da Norma

Segundo a Teoria Contratualista, a qual ganhou grande publicidade no Iluminismo com os escritos de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, a origem do Estado está em uma espécie de contrato social.

Parte-se da hipótese, segundo a qual todos os habitantes de um dado território abriam mão de parcela de sua liberdade com o fim de delegar ao Estado a missão de garantir a coexistência pacífica dos cidadãos, por meio de emissão e execução de leis.

Com isso, o legislador penal, por meio da criminalização e da legitimidade que lhe é conferida, tem o poder-dever de criminalizar certos comportamentos que coloquem em risco a convivência pacífica.

Todavia, por mais que o legislador possa incriminar uma diversidade de comportamentos, sua atividade deve ser fiscalizada e adequada aos parâmetros constitucionais, haja vista sua tarefa primordial de defesa das garantias fundamentais.

Como sabido, o Direito Penal constitui a mais rigorosa e severa forma de intervenção na liberdade individual. Desse modo, o controle de constitucionalidade em matéria criminal também necessita ser rigoroso, até mais que em relação às outras normas, ante sua possibilidade de interferência no campo dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, conforme aduz o magistrado e professor Leonardo Aguiar (2016), “quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais

intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional”.

No tocante ao objeto de estudo do presente trabalho, é pertinente realizar a seguinte indagação: a constitucionalidade da norma contida no art.28 da Lei 11.343/06 está pautada nos rigorosíssimos parâmetros de fiscalização e adequação que legitimam a interferência do Estado na liberdade individual?

Com o fim de solucionar a questão, o Ministro Gilmar Mendes, inspirado na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, destacou em seu voto três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais, baseados em graus de intensidade, que permitem inferir “balizas no controle da constitucionalidade de leis penais” (RE 635.659, 2015, 13 p.), além de garantir maior eficácia na proteção dos direitos fundamentais.

Contextualizando, no caso *Mitbestimmungsgesetz (1978 BVerfGE 50, 290)*, a Corte Constitucional da Alemanha elencou três graus de intensidade para apurar a constitucionalidade de normais penais, quais sejam: a) Controle de Evidência (*Evidenzkontrolle*); b) Controle de Justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e o c) Controle Material de Intensidade, os quais foram utilizados pelo Ministro como parâmetros de verificação do caráter constitucional da norma contida no art.28 no RE 635.659, e na oportunidade, conceituou dois desses parâmetros. *In verbis*:

Na aferição de constitucionalidade de norma restritiva de direitos fundamentais, cabe examinar, inicialmente, se as medidas adotadas pelo legislador montaram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade). (BRASIL, 2015, p. 16).

Concernente ao primeiro grau, o Tribunal deve verificar se as medidas de intervenção escolhidas pelo legislador são eficientes e idôneas à proteção do bem jurídico da norma, no caso, a saúde pública.

Ressalta-se que o Tribunal deve conferir ao legislador ampla margem de avaliação, valoração e conformação quantos às medidas que achar necessárias e adequadas para o fim que almeja, qual seja, a proteção do bem jurídico. Dessa forma, a norma apenas será declarada inconstitucional quando as medidas por ele adotadas forem inidôneas para esse fim.

Ainda, na seara do grau de evidência, o exame acerca de sua intensidade necessita de imprescindíveis cautelas para que a citada margem de avaliação e conformação do legislador não seja violada, em respeito aos princípios, como o da separação dos poderes. Portanto, uma

eventual declaração de inconstitucionalidade deve ser fundada em argumentos plausíveis e concretos.

Passa-se a analisar o objeto de estudo do presente trabalho à luz desse primeiro grau de intensidade.

Dispõe o preâmbulo da Lei 11.343/06:

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Como se vê do enunciado do preâmbulo disposto acima, do Título I da referida lei, o qual é titulado como “Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuário e Dependentes de Drogas”, e das próprias penas educativas previstas para quem incorre nas sanções do art.28, verifica-se que o fim maior almejado pelo legislador é a tutela da saúde pública e individual, por meio de programas de tratamento e prevenção de dependência e reinserção social.

No entanto, diante da análise da atual política de combate às drogas e da própria vivência prática, infere-se uma contradição no ordenamento jurídico e que as medidas optadas pelo legislador não são aptas e idôneas à proteção da saúde pública.

Conforme relatório produzido pelo SENAD intitulado como “Pesquisas sobre o Consumo de Drogas no Brasil – Eixo de Políticas Fundamentais”, o qual já foi mencionado em outra ocasião, apontam que apenas 1,0% dos entrevistados afirmaram já ter buscado tratamento para álcool e/ou outras drogas.

Ainda, segundo o relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), produzido no ano de 2016, apenas uma em cada seis pessoas dependentes de substâncias tóxicas tem acesso ao sistema de saúde.

Pelos dados expostos, observa-se que a política criminal de drogas encontra-se em sentido oposto ao fim tão almejado pelo legislador, que é a proteção à saúde pública.

Verifica-se que as medidas adotadas pelo legislador ao incriminar as condutas circunscritas no tipo penal do art.28 da Lei 11.343/06, são ineficazes para a tutela e proteção à saúde pública, visto que suas medidas despenalizadoras afastam cada vez mais o dependente do tratamento, seja pelo forte estigma social, inerente da incidência do Direito Penal, seja pela falta de acesso àquelas pessoas que estão às margens da sociedade, as quais são as mais afetadas pela política de drogas.

Apesar das medidas despenalizadoras, advindas com a lei de drogas, o porte de drogas para consumo pessoal ainda é tido como infração penal, fato este que resulta em uma crescente estigmatização social e produz uma série de efeitos penais na vida do indivíduo, o que neutraliza os objetivos da lei de drogas.

No RE 430.105, o STF entendeu que a conduta de portar drogas para consumo pessoal não deixou de ser tida como crime, com isso, não obstante as medidas “educativas” elencadas pelo legislador, dada a sua natureza, pode gerar efeitos penais.

Em julgamento do HC 354.997/SP, realizado no dia 28 de março de 2017, foi decidido que a conduta contida no art.28 conta para efeitos de reincidência.

A conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06 conta para efeitos de reincidência, de acordo com o entendimento desta Quinta Turma no sentido de que, “revela-se adequada a incidência da agravante da reincidência em razão de condenação anterior por uso de droga, prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, pois a jurisprudência desta Corte Superior, acompanhando o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, entende que não houve abolitio criminis com o advento da Lei n. 11.343/06, mas mera “despenalização” da conduta de porte de drogas”(HC 354.997/SP, j. 28/03/2017). (BRASIL, 2017, Ementa)

Além do mais, é possível que a condenação impeça a incidência da minorante do tráfico privilegiado no crime do art.33 da mesma lei em estudo.

“1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, a qual reconheceu a existência de condenação anterior por uso de entorpecentes. 2. Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator. Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da referida Lei” (AgRg no AREsp 971.203/SP, j. 09/05/2017). (BRASIL, 2001, Ementa).

Infere-se, portanto, que apesar das medidas despenalizadoras oriundas da Lei 11.343/06, o porte de drogas para consumo pessoal ainda é tido como crime, e, por conseguinte, produz efeitos penais na liberdade individual da pessoa, fato este que em nada auxilia no alcance do objetivo pretendido pelo legislador.

Com isso, e conforme já mencionado exaustivamente neste trabalho, a melhor medida para proteger o bem jurídico almejado pelo legislador não é, e nunca foi, a atuação do Direito

Penal, mas sim, um investimento em políticas públicas sérias e aptas para efetivar a redução de danos³.

Nessa toada, em pesquisa realizada por Reinaldo Azevedo para a Revista Veja, o referido autor destacou os dizeres do representante regional do UNODC, Giovanni Quaglia, o qual, nesta oportunidade, afirmou que as drogas têm que ser tratadas como questão de saúde pública. “É preciso trabalhar mais na prevenção e oferecer serviços a quem busca tratamento contra a dependência. E funciona. A Suécia, por exemplo, gasta 30% a mais em prevenção e tem 30% menos usuários de drogas que a média europeia”. (AZEVEDO, 2017).

Por fim, cabe destacar a conclusão do Min. Gilmar Mendes em relação ao primeiro grau de intensidade:

(...) deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo sistema. (BRASIL, 2015).

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de 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 proporcionalidade. (BRASIL, 2015).

No que concerne ao segundo grau de justificabilidade, refere-se à verificação se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e plausível de todos os elementos de conhecimentos disponíveis à época da edição da lei.

Em relação a esse segundo nível, aduziu o Min Gilmar Mendes (BRASIL, RE 635.659, 2015, 8 p.):

(...) o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma. Enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de maneira sustentável.

³ No seu conceito mais estrito, podemos dizer que Redução de Danos é uma política de saúde que se propõe a reduzir os prejuízos de natureza biológica, social e econômica do uso de drogas, pautada no respeito ao indivíduo e no seu direito de consumir drogas.

No âmbito desse denominado controle de justificabilidade (ou de sustentabilidade), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.868/99.

Desse modo, para ser declarada a inconstitucionalidade de enunciados normativos, os tribunais devem verificar se a medida restritiva adotada é justificável, portanto, não devem se restringir ao exame do confronto entre o dispositivo em análise e os princípios e regras constitucionais, mas também, se ater aos dados fáticos, inteirar-se dos prognósticos e diagnósticos realizados pelo legislador na criação de determinada política criminal.

Em relação ao tema, verifica-se que até os dias de hoje não há conclusões incontrovertidas e concretas oriundas de pesquisas destinadas a apontar se a repressão ao consumo é o melhor caminho para o combate do narcotráfico. O que se vê são dados originados de outros países que tiveram resultados positivos ao adotarem modelos menos rígidos.

Portugal, por exemplo, desde 2001, vem implantando medidas menos rigorosas em relação às drogas, descriminalizando não só a maconha, mas também outros tipos de substâncias entorpecentes. Desde então, o que se vê são efeitos positivos dessa medida.

Em 2015, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou o dado de que 40 mil toxicod dependentes estão em tratamento e estima que o sistema já tenha atendido a mais de 400 mil pessoas em catorze anos de existência. (UNDOC, 2016).

Segundo o tabloide americano MIC Network, em matéria publicada em fevereiro de 2015, apontou que além da questão relacionada à saúde, Portugal também teve melhorias significativas no âmbito da segurança pública: Tirou dos policiais a preocupação de correr atrás de usuários e permitiu que ficassem mais focados em prender traficantes e produtores; gerou a redução da quantidade de crimes cometidos para pagar o consumo de drogas; e diminuição do número de presidiários. (ALEEM, 2015).

Apesar dos resultados positivos alcançados em terras portuguesas, ainda há bastante controvérsia sobre os efeitos da descriminalização em países como Uruguai, tendo em vista a forma como foi aderida tal medida.

Portanto, mesmo em meados do fim da segunda década do século XXI e com gigantesco avanço da ciência, a questão ainda carece de respostas e de resultados cientificamente concretos. Logo, é inimaginável que o legislador, à época da edição da norma,

tivesse incontestável segurança e certeza acerca de todos os dados fáticos que envolvem o tema.

Desse modo, é verificável que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal vista nesse plano, também é inconstitucional.

No último e terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*), examina-se se a atuação legislativa interventiva em um dado bem jurídico é necessariamente obrigatória para a tutela de outros bens igualmente relevantes, tendo como parâmetro o texto constitucional. Isso significa que o controle deve ser mais rigoroso, tendo em vista que neste âmbito é analisada a própria ponderação de valores e bens realizados pelo legislador na construção da norma.

Nesse sentido, leciona o professor Leonardo Aguiar:

Assim, no exercício do controle material intensivo, verifica-se se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade pública, enfim, da paz social. (AGUIAR, 2016).

Como sabido, o princípio da intervenção mínima orienta e limita o *jus puniendi* do Estado, preconizando que a atuação do Direito Penal só é legítima se for necessária para a tutela de bens jurídicos mais essenciais para o desenvolvimento da pessoa, o que evidencia seu caráter de *ultima ratio*.

O Professor Nilo Batista, em sua obra “Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro”, expõe os ensinamentos de Conde Muñoz: “O Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”. (2007, 85 p.).

Identificando o caráter subsidiário do Direito Penal, assevera Claus Roxin:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos. (ROXIN apud GRECO, 2011, 48 p.).

Portanto, o Direito Penal deve interferir o quanto menos possível na vida em sociedade, devendo ser acionado somente quando os demais ramos do Direito, não forem eficazes na proteção daqueles bens considerados de maior relevância.

Por todos os motivos já expostos no presente trabalho, é certo que o bem jurídico tutelado pela norma do art.28 da Lei 11.343/2006 não justifica a proteção invasora e rígida do Direito Penal.

Nesse sentido, aduziu o Min. Gilmar Mendes, em seu voto (BRASIL, RE 635.659, 2015, 26 p.):

Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de um bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não terceiros.

Verifica-se que no caso em exame há dois bens jurídicos em confronto: de um lado a saúde pública e de outro, o direito à intimidade e à vida privada, estes se traduzem em direito à autodeterminação/autonomia individual.

Ressalta-se que em nenhum momento no presente trabalho, foram ignorados os malefícios que as drogas, sejam lícitas ou ilícitas, trazem para a saúde individual. O que se coloca em discussão é: A intervenção do Direito Penal é realmente necessária para a proteção visada pelo Legislador?

A resposta só pode ser negativa. Se o interesse do legislador ao editar a norma do art.28 fosse a proteção da saúde pública, a interferência penal em nada se justifica para esse fim, pelo contrário, apenas afasta o alcance desse objetivo, em razão dos motivos outrora apresentados no presente trabalho.

O essencial é repensar acerca da atual política criminal de drogas, refletir novos métodos e abondar políticas que por muito tempo tem-se mostrado ineficazes. Se realmente, o bem jurídico tutelado pela norma fosse questão de saúde pública, a ação do Estado deveria estar voltada para outros métodos, alheios ao direito repressor, buscando reduzir o consumo e os danos causados pelas drogas por meio de ações de prevenção, tratamento e reabilitação, abrindo um debate sobre o impacto desastroso da política repressiva tanto sobre a saúde das pessoas quanto sobre a segurança dos cidadãos.

Portanto, o Direito Penal não é e nunca foi medida obrigatória para a tutela da saúde pública, podendo outros ramos do direito, de uma forma até muito mais eficaz, se incumbirem de tal encargo.

Compartilhando desse entendimento, afirmou o Ministro Edson Fachin durante a prolação de seu voto (BRASIL, RE 635.659, 2015, 3 p.):

No caso do consumo de drogas, proteger o cidadão dos males causados pelo consumo de drogas necessita exigir uma resposta informativa, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão. A ilicitude se dirige sanções, não necessariamente penais.

Todavia, o que se verifica atualmente é uma hipertrofia do Direito Penal, a qual caracteriza-se por uma expansão desenfreada de normas incriminadoras, ignorando o seu caráter de *ultima ratio* e transformando-o no primeiro e principal instrumento utilizado na gestão dos problemas sociais.

Esse fenômeno potencializa ainda mais o simbolismo atribuído ao Direito Penal Moderno, que é aquele que tem uma “fama” de rigoroso e protetor dos “riscos” da sociedade contemporânea. No entanto, o que se vê, é apenas fama, pois acaba sendo ineficaz na prática, por trazer meros símbolos de rigor e não contribuir em nada para a real proteção do bem jurídico.

Sobre o tema, Júlio Gomes Duarte Neto assevera:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão “direito penal simbólico”, como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais. (2009).

É certo que a Lei 11.343/06 e antiga Lei 6.368/76, por influência da mídia e de movimentos de tolerância zero, foram criadas em meio ao clamor público por segurança, razão pela qual, verifica-se que a ideia de criminalização do porte de drogas para consumo pessoal se baseou na falsa percepção do Direito Penal como o único instrumento apto a tutelar a saúde pública, contudo, o que se vê é uma mera proteção, pois, ao fim, a criminalização da conduta prevista no art.28 da Lei 11.343/2006 em nada protege o bem jurídico da referida norma.

Com isso, infere-se que a tutela pelo Direito Penal não é obrigatoriamente necessária e tampouco se justifica, aliás, sequer é recomendada para a tutela da saúde pública, devendo tal bem jurídico ser protegido por outros ramos do direito, haja vista, que são medidas menos gravosas e mais recomendadas para a efetivação de políticas educacionais e de prevenção no tocante à recuperação de usuários de drogas.

Portanto, diante da análise do exigente Controle de Constitucionalidade de Normas Penais, apresentado pelo Min. Gilmar Mendes no RE 635.659/SP, conclui-se pela inconstitucionalidade da norma contida no art.28 da Lei 11.343/2006, visto que as medidas adotadas pelo legislador são inidôneas à efetiva proteção do bem jurídico, não foram construídas após apreciação de objetiva das fontes de conhecimento disponíveis à época e sequer, a saúde pública, necessita ser obrigatoriamente tutelada pelo Direito Penal.

6 CONCLUSÃO

É inegável que o presente trabalho refere-se a um tema de grande repercussão social e jurídica, e, apesar do avanço das ciências, ainda há pouquíssimas respostas para a questão.

Todavia, como todo e qualquer problema, é necessário seu enfrentamento. Não é mais admissível que o Estado ignore as consequências trágicas do narcotráfico. Em contrapartida, é imprescindível uma nova ótica em relação ao usuário, também vítima das substâncias entorpecentes.

Conforme ressaltou o Min. Luís Roberto Barroso no RE 635.659, “em uma democracia, nenhum tema é tabu. Tudo pode e deve ser debatido à luz do dia. Estamos todos aqui em busca da melhor solução, baseada em fatos e razões, e não em preconceitos e visões moralistas”. (2015, 1 p.).

Desse modo, as visões moralistas e conservadoras devem ser ceder espaço aos fatos reais, visando a busca de medidas alternativas à frustrada e ineficaz “Guerra às Drogas”, que nunca surtiu os efeitos tão almejados pelo Estado.

Portanto, como conclusão, é oportuno mencionar as seguintes alternativas ao problema, destacando, de início, que não é a pretensão do presente trabalho firmar posicionamentos incontroversos acerca do tema, pelo contrário, o que se pretende é expor o resultado das reflexões sobre a questão, as quais foram concebidas por meio de pesquisas para a produção do presente trabalho e de atividade externas ao longo da graduação, como estágios no Ministério Público e participação em projeto de extensão com menores infratores.

De início, cabe mencionar que a atuação do Estado e da sociedade deve se concentrar nos seguintes objetivos: a) combater o tráfico; b) desarticular as organizações criminosas; c) desincentivar o consumo de drogas; d) investir em políticas públicas, principalmente em relação às crianças e adolescentes; e, e) tratar os dependentes.

Contudo, em relação ao último objetivo, não será com o direito penal que se alcançará tal fim, pelos motivos expostos no presente trabalho. É necessária a relocação do “porte de drogas para consumo pessoal” para outro campo do direito, como o direito administrativo, o qual se demonstrará muito mais eficaz no fim almejado pelo legislador, qual seja, a tutela da saúde pública.

Ressalta-se que em momento algum a presente pesquisa defendeu o uso irrestrito de substâncias entorpecentes, haja vista os malefícios individuais oriundos de seu uso. Pelo contrário, é indispensável uma maior regulação por parte do estado, por meio de programas de prevenção e de reinserção social. O que não se admite é a intervenção do Direito Penal na autonomia individual do cidadão.

Imprescindível também que haja uma mudança legislativa atribuindo um parâmetro objetivo para a diferenciação do usuário do traficante, com o fim de diminuição da discricionariedade judicial, de uniformizar a aplicação da lei e do combate da seletividade penal.

Sobre o tema, cabe destacar o posicionamento do Min. Luís Roberto Barros (RE 635.659, 2015), o qual, em conformidade com os demais ministros, defende um critério de 25g (vinte e cinco gramas), deixando claro que apenas trata-se de presunção, podendo esta ser afastada pelo magistrado à luz dos elementos do caso concreto.

Por fim, como alternativa para o problema, considera-se como fundamental que a temática em exame seja despida do conservadorismo, do moralismo e da política. É necessário um debate maior, e, principalmente, a reinserção de políticas públicas e de redução de danos, passando a questão a ser tratada à luz dos reais dados fáticos e em sintonia com os princípios que norteiam a democracia.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **O “Modelo Exigente” de Controle de Constitucionalidade das Leis em Matéria Penal, baseado em níveis de intensidade.** [S.1]. 2016. Disponível em: <https://leonardooaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324820154/o-modelo-exigente-de-controle-de-constitucionalidade-das-leis-em-materia-penal-baseado-em-niveis-de-intensidade?ref=topic_feed>. Acesso em 22 de maio de 2018.

ALEEM, Zeeshan. **14 Years After Decriminalizing All Drugs, Here’s What Portugal Look Like.** [New York?]. 11 fev 2015. Disponível em: <<https://mic.com/articles/110344/14-years-after-portugal-decriminalized-all-drugs-here-s-what-s-happening#.CVrqodSPi>> Acesso em 22 de maio de 2018.

AZEVEDO, Reinaldo. **Aumenta o número de consumo de drogas no Brasil. Não me digam...** VEJA, Rio de Janeiro, 23 fev de 2017. Disponível em : <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/aumenta-o-consumo-de-drogas-no-brasil-nao-me-digam-8230/>> Acesso em 24 de maio de 2018.

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

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 17. ed. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. 111 p., 1 v.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Lei 11.343.** Publicada em 23 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP.** Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. 12 p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em 27 de abril de 2018. Voto Min. Gilmar Mendes.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP.** Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 27 de abril de 2018. Voto Min. Edson Fachin.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP.** Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em:

<<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 27 de abril de 2018. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário. HC 354.997**. Quinta Turma. Relator (a): Joel Ilan Paciornik. Brasília, 28 de março de 2017. Ementa. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=354997&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 de maio de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 971.203**. Quinta Turma. Relator (a): Ribeiro Dantas. Brasília, 07 de fevereiro de 2017. Ementa. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465609658/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-971203-sp-2016-0220603-5/relatorio-e-voto-465609686?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental nº 130**. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, julgado em 30.04.2009.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. 352 p. 347

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: Acesso em: 25 de maio de 2018.

DUTRA, Marina Tomaz Katalinic. **Breves Considerações sobre o Direito à Privacidade**. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 02.09.2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-set-02/breves_consideracoes_direito_privacidade>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional – Liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007. 195-196 p.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Ed. Impetus, 2017, 252 p., 1 v.

IENNACO, Rodrigo. **Bem Jurídico e Perigo Abstrato: Um Desenho Hermenêutico da Ofensividade**. 2. ed. [S.1] Ed. D'Plácito, 2016. 147 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. [S.1]: Ed. Juspodivm, 2017, 693 p.

QUEIROZ, Paulo. **Comentários à Lei de Drogas**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. 20 p.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 18/19 p.

_____, Claus. **Derecho Penal – parte general**. apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011, 48 p.

_____, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Traduzido por F. Muñoz Conde e D.M. Luzón-Peña. Sevilha: Ed. Univ. de Sevilha, 1981. 25-28 p.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Traduzido por Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. [S. l.: s. n.], 2005. 175-176 p.

SENAD. **Pesquisa sobre o consumo de drogas no Brasil**. Adaptado por NUTE-UFSC em 2016. [S.1], 2009. 11 p. Disponível em: <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094329-001.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

_____. **Pesquisa sobre o consumo de drogas no Brasil**. Adaptado por NUTE-UFSC em 2016. [S.1], 2009. 14 p. Disponível em: <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094329-001.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

_____. **Pesquisa sobre o consumo de drogas no Brasil**. Adaptado por NUTE-UFSC em 2015. [S.1], 2009. 11 p. Disponível em: <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094329-001.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

UNDOC: **World Drug Report 2016**. [Estados Unidos?]. 2016. Disponível em: <<http://www.unodc.org/wdr2016>>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

