



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES, DIGNÍSSIMO RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 635659.

“(…) talvez seja o momento de abrir um novo debate no qual se deve fincar o pé nos valores da diversidade e da tolerância em uma sociedade aberta, relacionando-os com o direito dos consumidores de cannabis e outras drogas proibidas de desfrutar da mesma tolerância que os fumantes de Marlboro possuem. Dever-se-ia convidar os consumidores das distintas drogas para contribuir com a diversidade de estilos de vida, não fora, mas dentro da sociedade aberta. As sociedades abertas não são estáticas, mas dinâmicas, e não são abertas da mesma forma para todos os grupos em todas as épocas. As mulheres, as minorias étnicas e os homossexuais da maior parte das sociedades ocidentais são bastante conscientes de que, inclusive em uma sociedade aberta com respeito às demais questões, alguns grupos têm que lutar muito para poder desfrutar da igualdade de direitos. Pode se tratar de um pensamento pouco familiar para a maioria dos cidadãos normais, mas os consumidores de drogas também são uma minoria excluída” (SCHEERER, Sebastian. “Prohibición de las drogas en sociedades abiertas” in *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madri, Dykinson, 2003, p. 65 – tradução livre).

“O fato de que muitas pessoas reagem com medo, indiferença ou agressividade não constitui um obstáculo à prática de uma política de drogas racional, e sim um importante componente do próprio problema que nos cabe reconhecer e solucionar” (HASSEMER, Winfried. “Descriminalização dos crimes de drogas” in *Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 321).

“Em março de 2009 (‘Drogas: guerra ou paz?’), denunciou-se a inidoneidade da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal: “A proibição do uso de drogas representa uma intromissão indevida do Estado na vida privada e na intimidade do indivíduo. A autolesão consciente, sua viabilização e promoção não legitimam uma proibição penal. A utilização do Direito Penal para reprimir maus hábitos, maus costumes, para operar uma ortopedia moral enfim, representa uma ultrapassagem dos limites de uma punição político-criminalmente razoável. O que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua auto-realização, que em nada interessa ao Estado” (Editorial: “Drogas: guerra ou paz?”, Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n.º 196, p. 1, mar. 2009).

O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (adiante, tão somente, IBCCRIM), entidade regularmente habilitada nos autos como *amicus curiae*, vem, respeitosamente, à elevada presença de Vossa Excelência ofertar **MEMORIAL**.



1. Síntese do caso e objeto do recurso

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário em face de decisão proferida pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema, SP, que manteve a condenação de Francisco Benedito de Souza à pena de dois meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública, por violação do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O objeto do Recurso Extraordinário versa sobre a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso pessoal, tipificado no referido art. 28, *caput* e seu § 1º, da Lei nº 11.343/06. Tal dispositivo, segundo a inicial, estaria em desacordo com a ordem constitucional, uma vez que não haveria em relação à conduta incriminada a necessária lesividade a bem jurídico digno da tutela penal, tendo em vista que a ação proibida pela norma incriminadora em questão, quando muito, atingiria a saúde individual, jamais a saúde pública.

O tema foi debatido em primeiro e segundo graus de jurisdição. Com efeito, na sentença, o assunto foi abordado nos seguintes termos, *verbis*:

“Primeiramente, cumpre ressaltar que a conduta em tela não é atípica e nem se trata de infração de menor potencial ofensivo, e sim, de ínfimo potencial ofensivo, onde se pune o porte de droga para uso próprio, não em função da proteção à saúde do agente, mas sim em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade. Por isso, face à atual disposição legal, não é mais razoável se afastar a tipicidade da conduta prevista no art. 28 da Lei antidrogas, que até o presente momento, não foi declarada inconstitucional e, portanto, há que ser observada e cumprida, pelo menos a se aplicar uma sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico, evitando-se com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado. Na jurisprudência: turma recursal JECRIM-DF: “Pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como



leve (maconha), não implica necessariamente que o Juízo deva acatar o chamado - princípio da insignificância - em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independentemente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade” (Ap. 20050110008830, 1ª T. Rel. José Guilherme de Souza, 27/09/05, v.u. DJU 12/05/06 p. 143) (fls. 92).

Em sede de apelação, o acórdão do Colégio Recursal, igualmente, discutiu – e rechaçou – a tese aludida:

“A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal da denúncia era o art.16, de redação quase idêntica ao atual art.28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: ‘difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art. 16 da Lei de Tóxicos’ (TJRS-Incidente de Inconstitucionalidade na AC 686062340-Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49. Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as típicas descritas no art.28 a conduta de ‘usar’. E tal esteriliza a ofensa a liberdade individual” (fls. 140).

Reconhecida a repercussão geral da matéria articulada no recurso extraordinário em referência, foi ele admitido e regularmente processado.

Em seu pedido de habilitação como *amicus curiae*, o IBCCRIM fez consignar que:

A incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, de acordo com a inicial do Recurso Extraordinário colide com as balizas constitucionais que conformam a intervenção penal, mormente porque a proteção constitucional da intimidade e da vida privada impede que o estado se imiscua na vida do cidadão, salvo quando houver lesão ou risco de lesão a interesse de terceiros.



Como sabido, a lei penal não pune o uso de drogas, mas tão somente as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, a teor do que dispõe o art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06. A alegação de que o porte para consumo pessoal – conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/06 – lesa o bem jurídico saúde pública é, no mínimo, equivocada. Como é possível uma conduta destinada a ofender a saúde individual – o porte destina-se ao consumo pessoal do agente – lesar a saúde pública? Há uma evidente contradição entre a destinação pessoal do consumo e a suposta ofensa, ou mesmo risco de ofensa, à saúde pública.

Circunscrita a discussão a ser travada neste recurso extraordinário, passa-se, agora, a uma breve digressão a respeito das drogas e da política de drogas, para então se tratar da incompatibilidade do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 com a ordem normativa estabelecida a partir da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988.

2. As drogas ilegais e os novos rumos das políticas de drogas

A war on drugs fracassou miseravelmente: apesar da repressão sem quartel a certas substâncias nos últimos cem anos, as drogas ilegais nunca foram tão abundantes, baratas e acessíveis.

Além de não ter reduzido demanda e oferta de drogas ilegais, o proibicionismo causou inúmeros males, dentre os quais encarceramento em massa, violência – ínsita ao modelo bélico – e corrupção.

A despeito de sua “implementação deficitária”, é dizer, da fracassada tentativa de resolver a questão mediante o emprego intensivo de recursos



econômicos e jurídicos, o direito penal das drogas passou a influenciar decisivamente a intervenção punitiva: elevação das penas, sobrecarga do sistema de justiça criminal, métodos invasivos de investigação (delação premiada, infiltração de agentes, observação policial), antecipação prospectiva da punibilidade (compreensão abrangente de todas as possibilidades imaginárias de conduta de modo a alcançar todo e qualquer “*impulso para a ação*”), cooperação internacional, repressão à criminalidade organizada e ao lucro obtido com o delito por meio da incriminação da lavagem de dinheiro, enfim, “*é dele que promanam o enrijecimento, a desformalização e a erosão dos princípios*” do “*moderno Direito penal orientado para a intervenção*”¹.

Em todo o mundo se discute qual o modelo adequado para uma política de drogas mais justa, humana e eficiente. Questiona-se: a política de drogas deve ser criminal? Em se tratando o uso de substâncias psicoativas de uma espécie de tradição ancestral do ser humano, existindo, desde a noite dos tempos, essa relação entre pessoas e meios de alteração da consciência ordinária, havendo, enfim, uma constante antropológica no ímpeto para a droga e na compulsão para a intoxicação², por que certas drogas – como álcool, tabaco e fármacos – são culturalmente aceitas, enquanto outras são proibidas?

SEBASTIAN SCHEERER afirma, sem meias palavras, que a “*discriminação e a perseguição de pessoas com distintas preferências no campo das drogas é uma terrível vergonha, um crime, um pecado, além de ser totalmente impróprio em qualquer sociedade civil aberta e livre*”³.

SALO DE CARVALHO, autor da obra *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*, em “*defesa-manifesto*” em favor de paciente de

¹ HASSEMER, Winfried. “Descriminalização dos crimes de drogas” in *Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pp. 322/324.

² HASSEMER, op. cit., pp. 326 e segs.



cannabis medicinal acusado do grave crime de tráfico de drogas, observou, com a percuciência que caracteriza seus escritos:

“9. O réu nada mais fez, em verdade, do que exercer o direito fundamental de dispor do próprio corpo, de cuidar da sua saúde da forma que melhor lhe aprouver, de consumir o que bem entender, enfim, de exercer a autonomia pessoal e a liberdade, que deveriam ser garantidas no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Um Estado que pretenda regular os hábitos da população será sempre um Estado autoritário. O sujeito tem o direito de se autolesionar (tatuagens e piercings), de se arriscar (automobilismo), de lutar ferozmente até fazer o adversário desmaiar (lutas de vale-tudo), de comer alimentos gordurosos que notadamente são perniciosos à saúde e, inclusive, de se suicidar: é evidente, portanto, que deve ter o direito de “autogestão farmacológica”, ou seja, de poder gerir a si mesmo, de fazer as próprias escolhas, a partir de uma relação responsável com todas as substâncias que já existem e com as que ainda serão inventadas na face da Terra. O Estado não pode, de forma alguma, confiscar tal direito, e nós não podemos nos contentar com tal confisco. A ideia de saúde não pode estar centrada apenas nos conceitos da medicina estabelecida, mas deve abarcar também as formas da medicina alternativa, e, sobretudo, as opções personalíssimas do cidadão⁴.

Surgiram, nos últimos anos, muitas iniciativas inovadoras no campo das drogas, adotadas com base em paradigmas não alinhados com a proibição e que têm obtido resultados muito positivos.

A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não incriminação do porte e uso não problemático de pequenas quantidades legalmente definidas de algumas drogas, especialmente a *cannabis*.

³ “Prohibición de las drogas en sociedades abiertas” in *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madri, Dykinson, 2003, p. 65 – tradução livre.

⁴http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/34_13%2009%2011%20-%20alexandre%20thomaz%20-%20defesa%20%20%20%20%20%20%20_preliminar%20vers%C3%A3o%20final-1.pdf?1316644286.



Uma das iniciativas mais antigas é a política holandesa, que se baseia em uma opção político-criminal marcada pela tolerância ao consumo de pequenas quantidades de *cannabis* e derivados, cuja venda a maiores e capazes se dá em estabelecimentos específicos (*coffee shops*) com o objetivo explícito de evitar o contato do consumidor com traficantes de substâncias mais perigosas, como a cocaína e a heroína.

No resto do mundo, a proibição juntou maconha e drogas muito mais perigosas nas mãos dos mesmos traficantes. Como heroína e cocaína são cem vezes mais lucrativas que maconha, os traficantes têm um incentivo para propagandear a droga mais cara para seus clientes. Isso gera o chamado “efeito escadinha”: usuários de maconha, como já têm acesso ao mercado, acabam experimentando heroína, e muitos ficam dependentes⁵.

Em prática desde o final dos anos 1970, as pesquisas revelam que os índices relativos ao uso de drogas ilegais na Holanda é menor do que em países que adotam posturas mais repressivas⁶.

Em 2009, a Comissão Latinoamericana Drogas e Democracia, composta por Fernando Henrique Cardoso, ex-presidente da República Federativa do Brasil e um dos mais respeitados intelectuais da atualidade, ao lado de ex-dignatários como o mexicano ERNESTO ZEDILLO e o colombiano CESAR GAVIRIA, além de personalidades outras, avaliou o impacto das políticas de “*guerra às drogas*” e formulou recomendações para estratégias mais eficientes, seguras e humanas, entre as quais “*tratar o consumo de drogas como uma questão de saúde pública*” (cf. “*Drogas e Democracia: rumo a uma mudança de paradigma*”⁷).

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO lidera também a Comissão Global Drogas e Democracia, ao lado de personalidades como KOFI ANNAN, ASMA JAHANGIR, MARIO

⁵ BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*, São Paulo, Leya, 2011, p. 107.

⁶ *Cannabis Policy: moving beyond stalemate*, p. 48.

⁷ http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_port_03.pdf



VARGAS LLOSA, JAVIER SOLANA, MARION CASPERS-MERCK, JOHN WHITEHEAD. Em seu primeiro relatório, divulgado em 2011, citada comissão recomenda *“acabar com a criminalização, a marginalização e a estigmatização das pessoas que usam drogas mas que não causam nenhum dano a outros”*⁸.

Em 2001, o Parlamento de Portugal aprovou reforma legislativa por meio da qual o porte de drogas para consumo pessoal passou a ser considerado infração contraordenacional, com previsão de sanção administrativa acompanhada de indicação para o acolhimento por parte de Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência. Mais de dez anos depois, Portugal é hoje um dos melhores exemplos de que é possível tratar da questão das drogas fora do direito penal com êxito, de acordo com o minucioso relato de DENIS RUSSO BURGIERMAN:

O principal motivo do sucesso da estratégia portuguesa foi o fato de ela estar vinculada ao Ministério da saúde, e não ao da Segurança. Essa distinção pode parecer apenas um detalhe administrativo, mas é mais do que isso. Justiça e saúde pensam diferente. “A justiça é cega; tem de ser igual para todo mundo. A saúde não pode ser cega; cada paciente precisa de um remédio diferente”, diz Nuno Portugal Capaz, um dos membros da Comissão de Dissuasão da Toxicodependência (CDT) de Lisboa. (...) Quando alguém é surpreendido com uma quantidade inferior a 25 gramas de maconha, dois gramas de cocaína ou um grama de heroína ou anfetaminas, supõe-se que se trata de um usuário, não de um traficante. A droga é apreendida, ele é liberado para ir para casa e recebe uma intimação para comparecer na mesma semana a uma CDT, em vez de um tribunal de justiça (...). Cada CDT é formada por três membros, cada um de uma área, em geral um jurista, um psicólogo ou médico e um assistente social ou sociólogo. Eles contam com o apoio de uma equipe técnica, também composta por três pessoas especializadas em dependência. O usuário chega à CDT de manhã e é entrevistado por um dos membros da equipe técnica, normalmente um terapeuta ou assistente social. A conversa, que dura perto de uma hora, é conduzida com tranquilidade e respeito, para o usuário sentir-se à vontade de abrir seu coração, como faria em uma consulta médica. O objetivo é entender em profundidade os problemas que afetam a

⁸ http://cbdd.org.br/pt/files/2011/05/Global_Commission_Report_Spanish.pdf



pessoa, o papel que a droga tem em sua vida, quanto o consumo é problemático, o contexto familiar, social, profissional. “Essa é outra diferença entre a saúde e a justiça”, diz Nuno. “Que juiz tem tempo de ouvir a história de vida de alguém? Não é esse o trabalho dele.” (...) Após a entrevista, a equipe técnica entrega um relatório aos três membros da comissão. Na mesma hora, o usuário é chamado para a audiência, que também é muito diferente de um tribunal. Ela acontece numa sala despojada, ao redor de uma mesa, com os membros da comissão e o usuário sentados à mesma altura, e não com um juiz lá no alto de um trono, exalando autoridade. “Há um esforço consciente para sermos informais, de maneira a estabelecermos laços de confiança”, afirma Nuno, vestido, no dia de nossa conversa, com uma camiseta branca de uma banda de rock. A audiência em si é normalmente muito rápida, dura cerca de quinze minutos, porque toda a informação relevante já está no relatório feito durante a entrevista com a equipe técnica. Normalmente, o usuário volta para casa umas duas horas depois de chegar lá, e o tempo entre a apreensão da droga pela polícia e o fim da audiência não passa de dois ou três dias. Essa rapidez contrasta com os arrastados processos da justiça, que levam anos. “Com esse tipo de população, não podemos estar a atrasar as coisas”, diz Nuno. Na entrevista, a equipe técnica separa os casos em dois grupos principais: os dependentes e os não dependentes. Não dependentes, se for a primeira vez deles, são dispensados e o processo é encerrado. “É como um cartão amarelo.” O registro ficará guardado por cinco anos. Se, nesse período, ele for apanhado com drogas de novo, receberá algum tipo de sanção. Se não, o processo será destruído. Já os dependentes recebem uma sanção logo na primeira vez. Mas, se eles voluntariamente concordam em se submeter a tratamento, a sanção é retirada. “Isso é bem diferente do conceito de justiça terapêutica, no qual um juiz determina que a pessoa deve se submeter a tratamento obrigatório. Num tribunal, o sujeito quer é sair e lá. Portanto, o réu vai concordar com todo que o juiz disser. Mas a chance de essa pessoa realmente se tratar é pequena, os tribunais, que não foram feitos para isso, não têm condições nem competência para acompanhar o caso depois da sentença”, explica Nuno.⁹

Seguindo o exemplo português, em 2009 o Parlamento do México aprovou reforma legislativa na qual a posse de pequena quantidade de droga deixou

⁹ O fim da guerra, op. cit., pp. 201/203.



de ser objeto de incriminação¹⁰. Na mesma linha, a partir de 2010, a lei de drogas da República Tcheca passou a punir com multa administrativa a posse de drogas para consumo pessoal¹¹.

Tanto no modelo português, quanto no mexicano e também no tcheco, o legislador optou por definir critérios objetivos, relativos à quantidade máxima de cada substância, para determinar a finalidade de consumo pessoal.

Todas essas experiências surgiram, frise-se, a partir de mudanças legislativas.

Não se pode deixar de mencionar que às vésperas do conclave internacional conhecido como Cúpula das Américas, em 2012, o presidente da Colômbia, JUAN MANUEL SANTOS, anfitrião do encontro, se declarou favorável à legalização da maconha e da cocaína como alternativas para erradicar a violência decorrente da *war on drugs*. Logo a seguir, os presidentes da Guatemala e El Salvador, OTTO PEREZ e MAURICIO FUNES, conclamaram seus pares a iniciar o debate sobre a regulação do uso e comércio de drogas nesse encontro, no que foram secundados pela presidenta da Costa Rica, LAURA CHINCHILLA, e do México, FELIPE CALDERÓN, que embora não assumindo nenhuma posição em suas declarações concordaram ser necessário promover o debate a nível internacional¹². A posição do presidente da Bolívia, EVO MORALES, já é internacionalmente conhecida, até mesmo pela sua ascensão política a partir do movimento sindical *cocalero*.

Na mesma esteira, o presidente uruguaio, JOSÉ MUJICA, enviou ao Parlamento no início de agosto de 2012 um projeto de lei para descriminalizar a posse de maconha e controlar a produção, distribuição e comercialização da droga. Segundo a

¹⁰ “Política de drogas: novas práticas pelo mundo”, Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia, Rio de Janeiro, 2011, pp. 28 e 29.

¹¹ *Idem*, pp. 36 e 37.

¹² América Latina quiere hablar de drogas. *El País*, 23.02.2012. Internacional. Disponível em: <<http://internacional.elpais.com/internacional/2012/02/23/actualidad>>. Acesso em: 23 fev. 2012.



proposta, o Estado assumirá o controle e a regulação das atividades de importação, produção, aquisição a qualquer título, armazenamento, comercialização e distribuição de maconha e seus derivados, no marco de uma política de redução de danos que alerte a população sobre as consequências e os efeitos prejudiciais do consumo da maconha¹³.

No âmbito judicial, recentes decisões proferidas pelas Cortes Supremas da Argentina e da Colômbia, ambas em 2009, sufragaram o entendimento de que a lei penal não possui legitimidade para enquadrar o consumo pessoal de drogas como delito, por ausência de ofensividade, tendo em vista que a autolesão não pode, jamais, ser objeto de incriminação.

O Tribunal Constitucional argentino (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*) decidiu, no dia 25 de agosto de 2009, que o tipo penal da posse de droga para consumo próprio é inconstitucional. Os fundamentos dessa decisão foram especialmente dois: em primeiro lugar, a ineficiência do dispositivo como meio de combate às drogas na sociedade, o que se comprovaria especialmente pelo constante aumento do consumo de droga na Argentina e, em segundo lugar, a violação do art. 19 da Constituição argentina, que declara “**que ações privadas apenas interessam a Deus e não ao Direito Penal (...)**”¹⁴.

Do mesmo modo, a Suprema Corte da Colômbia (*Corte Suprema de Justicia*), em 08 de julho de 2009, declarou inconstitucional a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, reiterando entendimento anteriormente consagrado em decisão de 1994, no sentido de que carece de lesividade a conduta de quem possui drogas para consumo pessoal, na medida em que a autolesão insere-se no âmbito exclusivo da liberdade individual, não sendo válida nem legítima a intervenção penal¹⁵.

¹³ <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/08/parlamento-do-uruguai-analisa-projeto-para-legalizar-maconha.html>

¹⁴ http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/cons_fallos.jsp, n.º de expediente A. 891. XLIV.

¹⁵ http://www.semana.com/documents/Doc-1945_200999.pdf



Nos Estados Unidos, o uso medicinal de *cannabis* é regulado por lei em dezessete estados – em dez deles, a ideia surgiu a partir de iniciativa popular¹⁶. Em 2011, plebiscito no estado da Califórnia a respeito da legalização da maconha rejeitou a proposta, apesar dos 46% de votos a favor. Em novembro deste ano, mais três plebiscitos serão realizados a respeito, no Colorado, em Washington e no Oregon.

No Brasil, Anteprojeto de Código Penal elaborado pela Comissão de Juristas indicados pelo Senado Federal – a despeito dos problemas de forma e conteúdo existentes na proposta – contempla, acertadamente, a abolição do crime de porte de drogas para consumo pessoal, *verbis*:

Art. 212

(...)

§2º Não há crime se o agente:

I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

§3º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.¹⁷

Todas essas vertentes da mobilização política mundial visando uma revisão ou ao menos uma distensão na política de *war on drugs* revelam a atualidade da discussão travada nos presentes autos.

¹⁶“Política de drogas: novas práticas pelo mundo”, op. cit., pp. 24 e 25; NADELMANN, Ethan. “Regulate Drug Use, Don’t Criminalize It”, New York Times, 30.05.12, <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2012/05/30/should-latin-america-end-the-war-on-drugs/regulate-drug-use-dont-criminalize-it>



3. Constituição, direito penal e ofensividade

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a intervenção penal possui limites expressos na Constituição.

É a Constituição que aponta os bens jurídicos dignos de tutela penal (função indiciária dos bens jurídicos penalmente relevantes), conforme prelecionam IGNÁCIO BERDUGO GOMES DE LA TORRE e LUIS ARROYO ZAPATERO, tendo em vista que ela os define *“como a expressão consensual da vontade dos membros de uma comunidade, como expressão hierarquizada daqueles interesses que se consideram essenciais para o funcionamento do sistema social”*¹⁸.

MARIÂNGELA MAGALHÃES observa que:

Ao se partir do pressuposto de que é na Constituição que se encontram os fundamentos do poder punitivo do Estado, é de se observar que é na norma constitucional que devem ser apreendidos quais bens jurídicos são necessitados de tutela penal (por serem os bens de maior relevância para a sociedade), assim como frente a quais formas de agressão aqueles podem ser tutelados.¹⁹

A Constituição funciona, portanto, como uma *“hipótese de trabalho necessária, um ponto de partida, mas não pode a ela limitar-se na seleção e na hierarquia”* dos bens jurídicos penalmente relevantes, conquanto a *“dignidade formal do*

¹⁷ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>

¹⁸ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Praxis, 1994, p. 10.

¹⁹ *“Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas” in Drogas: aspectos penais e criminológicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 91.



*bem jurídico é necessária, mas não suficiente”, havendo uma “dignidade material a ser também verificada”*²⁰.

E esta dignidade material consiste, precisamente, na possibilidade de o valor assumido como socialmente relevante ser passível de agressão, isto é, *“de ser lesionado ou posto em perigo gravemente e necessitado de tutela”*²¹.

Entre os limites que conformam a atuação do direito penal encontra-se o princípio da ofensividade, também chamado de princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ou ainda princípio da lesividade, segundo o qual a função do controle social penal é a de tutelar os bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais intoleráveis²².

CLAUS ROXIN observa que o direito penal só pode sancionar *“aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”,* pois *“além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”*²³.

No mesmo diapasão, NILO BATISTA aponta que *“à conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”*²⁴.

De acordo com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da ofensividade ou da lesividade, *“as incriminações não podem pretender a*

²⁰ FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo: RT, 1997, v. 1, t. 1, p. 37.

²¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 208 e 209.

²² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8072/90*, São Paulo: RT, 1997, v. 1, t. 1, pp. 62 e seguintes.

²³ *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. Francisco Muñoz Conde e Diego Manuel Luzon-Peña, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981, pp. 25 e 28.

²⁴ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91.



proteção de meros valores éticos e morais, nem a sanção de condutas socialmente inócuas”, só existindo intervenção legítima do Direito Penal quando este último “salvaguarda interesses ou condições que reúnam duas características”: “a da generalidade (deve tratar-se de bens ou condições que interessem à maioria da sociedade e não a uma parte ou setor desta)” e a “da transcendência” (“bens essenciais para o homem e a sociedade, vitais”), uma vez que o “contrário é um uso sectário ou frívolo do Direito Penal: sua perversão”²⁵.

NILO BATISTA elenca quatro funções do princípio da lesividade, relacionadas com seu aspecto substancial, dentre as quais merecem destaque: i) **proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor**: tendo em vista que a *autolesão*, como, por exemplo, o suicídio tentado, é impunível, a incriminação do porte de drogas representa *“franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais”*; ii) **proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico**: ainda que se trate de conduta *“orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade”, de “práticas e hábitos de grupos minoritários”, nada disso justifica a intervenção penal, restando apenas a “apreciação moral”²⁶.*

4. **Consumo pessoal e saúde pública**

Vem de longe a discussão a respeito da (i)legitimidade da intervenção penal no que diz com o consumo de substâncias proibidas. Não de hoje se questiona a respeito da existência de bem jurídico digno da tutela penal nessa seara, tendo em vista que o uso de drogas causa prejuízo ao indivíduo, não a terceiros.

²⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio. *Derecho Penal – Introducción*, Madri: Universidad Complutense, 1995, p. 265.

²⁶ Op. cit., pp. 92/94.



Para superar esse obstáculo lógico intransponível – uma vez que a alteridade é pressuposto de legitimidade do ilícito penal –, criou-se, na jurisprudência, uma justificação que pode ser definida como um salto triplo carpado hermenêutico.

Convencionou-se, no discurso jurídico, que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal justificar-se-ia em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública. A proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância. Em outras palavras, o porte para consumo pessoal teria a função de tornar possível a repressão ao tráfico de drogas, afinal, não haveria comércio clandestino se não houvesse mercado consumidor.

Além disso, haveria uma relação de consequencialidade necessária entre consumo e tráfico de drogas, além de outros ilícitos correlatos, como crimes contra o patrimônio ou mesmo contra a pessoa.

Não por outra razão, as drogas ilegais e seus usuários costumam ser responsabilizados por todos os problemas sociais existentes. WINFRIED HASSEMER – que foi Vice-Presidente da Corte Constitucional alemã – observa que o problema das drogas, decorrente do ímpeto e da compulsão do ser humano para a intoxicação, o qual pode ser caracterizado como uma constante antropológica, é um campo fértil para dramatizações com motivações políticas:

Drogas de início não aceitas culturalmente acabam sendo assimiladas e integradas. O caminho já conhecido começa com a proibição, evolui para uma permissão limitada e finalmente chega à tributação dos venenos. O círculo de novas drogas se amplia. A presença do chá e do café em nosso cotidiano faz-nos perder de vista que, um dia, eles também pertenceram a esse rol.

E já que é assim, a esperança de uma sociedade “livre das drogas” é tão insustentável cientificamente quanto perigosa do ponto de vista da segurança pública. Este assunto se apresenta com a mesma distorção do objetivo de uma sociedade livre do crime, típica de estados autoritários. Em ambos os casos, um comportamento é proibido, perseguido e punido, apesar de



inseparavelmente atrelado à existência humana em sociedade; em ambos os casos, conseqüentemente, o único limite aceito para o “combate” e o “extermínio” da criminalidade ou do abuso de drogas é o esgotamento dos combatentes. E já que os fins da luta e seus meios perseguem e justificam são inalcançáveis, esta máquina de guerra acaba caindo num poço sem fundo: se não tem o suficiente, cumpre providenciar mais meios de combate – *more of the same*. Nem é preciso muita fantasia estratégica a fim de dramatizar com sucesso o problema das drogas.

Dramatização, porém, é um meio perigoso na política. E já que é assim, as pessoas e as sociedades também sempre procuraram desmistificar o problema das drogas, conviver com ele e torná-lo suportável. Culturas, contra-culturas e subculturas contêm e contiveram uma boa dose dos instrumentos capazes de canalizar o uso de drogas, integrá-las na convivência diária e torná-las controláveis – para os consumidores e para os circunstantes. Basta pensar na infinidade de artifícios que a sociedade desenvolveu para tornar a perigosa droga álcool não apenas docemente controlada, como também rigorosamente enquadrada: literatura e música, folclore e publicidade da camaradagem, hábitos e festas de bebida, impostos e subvenções, proteção da juventude e legislação de trânsito, culinária e enofilia.²⁷

Para além da demonização de certas substâncias, não é mais possível à ciência jurídica ignorar a existência de um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do consumo e a proteção jurídica à saúde pública: se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual. Não há alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a atuação do direito penal. *Nullum crimen nulla poena sine iniuria*.

Enquanto há destinação pessoal, a posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica é uma conduta privada, como tal, não podendo ser objeto de criminalização, por constituir esta criminalização uma desautorizada intervenção do Estado sobre a liberdade individual, a intimidade e a vida privada. Da mesma forma que não se pune – como, de fato, não se poderia punir – a tentativa de suicídio (afetadora da própria vida) ou a autolesão (trazendo dano efetivo para

²⁷ HASSEMER, op. cit., pp. 326 e 327.



a saúde), muito menos se poderia punir uma conduta que, como a posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso próprio, envolve um simples perigo de autolesão (trazendo mera ameaça de dano para a saúde unicamente daquele que possui tal substância) (sentença proferida pela Juíza Auditora MARIA LÚCIA KARAM, da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, no processo nº 17/95-5, de 07.08.96).²⁸

As ações descritas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 não afetam terceiros. Apesar de a posse de drogas não causar qualquer lesão por si só a outra pessoa, é objeto de incriminação porque provoca outros atores, não controlados pelo ator original, a adotar comportamentos que podem causar perigo ou lesão a terceiros.

Aceitar como justificativa para a incriminação dos consumidores a necessidade de punição do tráfico (ou mesmo de outros crimes) significa tornar o punido objeto de intimidação para os demais cidadãos, “coisificando-o” e, pois, negando-lhe dignidade humana, instituindo-se, ademais, verdadeira responsabilidade objetiva, posto que se pune alguém (consumidor de drogas) por atos de terceiros (traficantes ou autores de delitos relacionados ao consumo ou comércio de drogas). O resultado potencialmente lesivo não pode ser atribuído ao autor original, o que viola o princípio da responsabilidade penal pessoal²⁹.

O papel normativo da sanção penal sempre esteve relacionado ao âmbito da censura retrospectiva em vista de fato pretérito³⁰. Segundo ANDREW VON HIRSCH, o uso da pena em situações de autolesão se “*refere à conservação das futuras chances de vida da pessoa atingida: ela é, agora, afastada de um determinado comportamento, para que, mais tarde, continue-lhe possível perseguir seus supostos objetivos de longo prazo*”³¹.

²⁸ Disponível em www.leapbrasil.com.br

²⁹ HIRSCH, Andrew von. “Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, 2007, nº 67, pp. 25 e 26.

³⁰ HIRSCH, op. cit., pp. 19/21.

³¹ Op. cit., pp. 20 e 21.



No entanto, observa o mesmo autor, *“esse fundamento para a intervenção é evidentemente orientado para o futuro e essa orientação ao futuro faz da pena – com suas características fortemente retrospectivas e censuratórias – uma forma inadequada de reação”*³².

No direito penal das drogas, pune-se o consumo com vistas à evitação de um futuro e incerto perigo abstrato gerador dessa inaférvel expansibilidade do consumo.

Trata-se de inaceitável utilitarismo, o qual, repita-se, instrumentaliza a dignidade humana, coisificando a pessoa.

A alegação de danos indiretos a terceiros vulnera a alteridade que deve existir, sempre e sempre, quando se trata de norma incriminadora. Daí por que é proibida a incriminação de condutas que excedam o âmbito do próprio autor.

Um dos mais importantes limites do direito penal reside no postulado segundo o qual o dano a si mesmo não pode ser objeto de incriminação. A autolesão situa-se na esfera de privacidade do indivíduo, nela sendo defeso ao direito – especialmente o direito penal – penetrar.

LUIS GRECO afirma que *“se o comportamento pertence à esfera privada ou de autonomia do agente, a rigor sequer se coloca a questão do bem jurídico”*³³.

Na mesma direção, HIRSCH observa que, *“em casos normais, o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões”*³⁴

³² Op. cit., p. 21.

³³ “Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo” in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, RT, 2010, nº 87, p. 100.

³⁴ Op. cit., p. 14.



O papel do direito penal não é realizar a educação moral de pessoas adultas. Não compete ao Estado fiscalizar a moralidade privada, para exercer em face dos cidadãos o papel de polícia dos costumes, de sentinela da virtude.

O direito penal das drogas representa a moralização do problema: significa ortopedia moral.

A opção por um Direito penal reconhecidamente viciado pelo déficit de implementação como instrumento de pedagogia popular é inadmissível num estado de Direito. (...) Ele não pode se prestar, em nenhum caso concreto, a uma funcionalização em favor de objetivos estranhos a seus fins, como a educação popular.³⁵

Entregar as drogas ao manejo do direito penal impede a regulação e controle pelo Estado e libera o campo para o domínio econômico das organizações criminosas. Toda proibição de uma constante antropológica, como é o desejo pelas drogas, produz uma pressão contínua no sentido de contorná-la e arrefecê-la³⁶. A proibição penal está na raiz do mercado negro, como bem mostrou a experiência da Lei Seca nos EUA.

5. É razoável punir a vítima à guisa de protegê-la? Condutas autolesivas representam uma pretensão legítima que o autor tem contra si mesmo?

A ideia de que o Estado pode substituir a vontade do indivíduo para protegê-lo de si mesmo, contraria o pensamento liberal segundo o qual a pessoa tem o direito de seguir seu próprio plano de vida. Cuida-se, em última análise, de paternalismo:

³⁵ HASSEMER, op. cit., pp. 332 e 333.

³⁶ HASSEMER, pp. 328 e 329.



tratar adultos como crianças. A vontade do mais forte que entende saber o que é melhor para proteger o mais fraco prevalece. É a interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões que dizem exclusivamente com o bem-estar, a felicidade, as necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida³⁷. Trata-se de violação da autonomia do ser humano.

Desde os estudos de STUART MILL, há notícia de paternalismo na lei penal³⁸. Esse fenômeno se verifica não apenas na proibição das drogas, mas também na proibição da prostituição, do jogo de azar, de certas práticas sexuais, do adultério, da pornografia, do suicídio.

Segundo ele, a lei só pode proibir condutas que lesem terceiros: o dano a outrem deveria ser a única base para a incriminação de comportamentos (*harm to others principle*)³⁹.

Tratando do paternalismo na lei penal, especialmente no que concerne à repressão à prostituição e à sua exploração por terceiros, JOEL FEINBERG define paternalismo legal moralista, “(onde paternalismo e moralismo se justapõem via a vaga noção de ‘dano moral’): é sempre uma boa razão em suporte a uma determinada proibição que ela seja necessária para impedir danos morais (como opostos a danos físicos, psicológicos ou econômicos) ao próprio autor. (Dano moral é ‘dano ao caráter de alguém’, ‘tornar-se uma pessoa pior’, como oposto à idéia de dano ao corpo, à pisque ou ao bolso de alguém)”⁴⁰.

³⁷ DWORKIN, Gerald. *Paternalism. In Philosophy of Law*. Joel Feinberg (coord.), Belmont: Wadsworth, 1986, p. 230.

³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal?”, Boletim IBCCRIM nº 166, setembro/2006.

³⁹ *On Liberty*, The Pennsylvania State University, 2006, Chapter 4 “Of the limits to the authority of society over the individual”, pp. 74 e seguintes.

⁴⁰ *Harmless wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1990, v. 4, p. xx, *apud* ESTELLITA, Heloisa. “Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo”, Boletim IBCCRIM nº 179, outubro/2007.



O mesmo autor destaca que *“em alguns casos envolvendo duas partes, ambas estão sujeitas a penas, ainda que a lei deseje proteger uma só, o solicitador ou comprador. Leis sobre prostituição que punem ‘João’ e a prostituta satisfazem esta definição”*⁴¹.

Na medida em que o proibicionismo busca impedir que o consumidor tenha acesso a drogas por meio não apenas da repressão ao tráfico, mas também ao consumo, adota-se o paternalismo legal moralista de que fala FEINBERG.

No entanto, a punição do tráfico não pressupõe punir o consumo pessoal.

Ao contrário do que se vem sustentando majoritariamente na jurisprudência brasileira, é perfeitamente possível reprimir o comércio clandestino de drogas ilegais sem que haja necessidade de reprimir o consumo.

É exatamente o que ocorre com a prostituição, que, em si, na ordem normativa brasileira, é considerada fato atípico, só assumindo relevância jurídico-penal quando terceiro a explora em detrimento da vítima que se presta à mercantilização do sexo.

Deixar de punir quem consome drogas significa abandonar a vitimização secundária de que o usuário sempre foi alvo (a vitimização primária se dava por ocasião do consumo causador de autolesão).

⁴¹ FEINBERG, *apud* ESTELLITA, op. cit., com a observação da autora de que *“este não é o caso do Direito Penal brasileiro que não pune a prostituição em si mesma, o que, talvez, possa explicar a severidade das penas para a*



6. A impossibilidade de incriminação do porte de drogas para consumo pessoal no âmbito do domicílio

Subsidiariamente, ainda que se admita a possibilidade de a conduta de portar drogas para consumo pessoal caracterizar algum tipo de risco à saúde pública – *ad argumentandum tantum* –, é certo que essa possibilidade deve restringir-se aos casos em que o agente porta drogas em local público, pois somente nesta hipótese seria possível vislumbrar alguma possibilidade remota de lesão à saúde pública.

A Lei n.º 6.368/76, em seu art. 12, § 2.º, inciso II, incriminava a conduta de quem “*utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica*”.

A Lei n.º 11.343/06, em seu art. 33, § 1.º, inciso III, deixou de tipificar a utilização de local ou bem de que tem a propriedade, posse, etc., para fins de **uso de drogas**, mantendo a incriminação somente quando a utilização tem por destinação o tráfico de drogas. Confira-se:

“(...) utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, **para o tráfico ilícito de drogas**” (grifos nossos).

Pois bem, a atual lei de drogas fez uma opção clara ao não incriminar a utilização de local ou bem de que tem a propriedade, posse, etc., para fins de **uso de drogas**. Trata-se de *abolitio criminis*, cujas consequências merecem análise detida.

parte, que é a única punida, nos crimes indicados acima e abaixo”.



Como sabido, a lei penal não pune o uso de drogas, mas tão somente as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, a teor do que dispõe o art. 28, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. A alegação de que o porte para consumo pessoal – conduta tipificada no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 – lesa o bem jurídico saúde pública é, como visto anteriormente, insustentável. Como é possível uma conduta destinada a ofender a saúde individual – o porte destina-se ao consumo pessoal do agente – lesar a saúde pública? Há uma evidente contradição entre a destinação pessoal do consumo e a suposta ofensa, ou mesmo risco de ofensa, à saúde pública.

Ainda que se admita a possibilidade de a conduta de portar drogas para consumo pessoal caracterizar algum tipo de risco à saúde pública – o que se admite, repita-se, apenas para argumentar – é certo que essa possibilidade deve restringir-se aos casos em que o agente porta drogas em local público, pois somente nesta hipótese seria possível vislumbrar alguma possibilidade remota de lesão à saúde pública.

Essa exegese decorre de interpretação teleológica da *abolitio criminis* operada em relação ao crime descrito no art. 12, § 2.º, inciso II: ora, se na lei não há palavras inúteis, a *abolitio criminis* referida teve como *ratio* a proteção constitucional da intimidade e da vida privada, valores que se sobrepõem à repressão penal do porte de drogas para consumo pessoal.

Nessa linha de argumentação, por se tratar de infração penal de ínfimo potencial ofensivo, o crime do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 não admite prisão em flagrante, na exata dicção do que dispõe o art. 48, § 2.º do referido diploma legal (“*Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante*”). A inadmissibilidade da prisão em flagrante bem demonstra que, no conflito entre valores, deve preponderar a proteção constitucional da intimidade e da vida privada (CF, art. 5.º, inciso X), a qual só cede no caso de o porte de drogas para consumo pessoal dar-se em local público.



Esse entendimento foi pioneiramente defendido por MAURIDES DE MELO RIBEIRO, na dissertação *Políticas públicas e a questão das drogas: o impacto da redução de danos na legislação brasileira de drogas* (2007) e na tese *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais* (2011), com as quais o autor obteve, respectivamente, os títulos de mestre e doutor em direito penal pela USP. Confira-se:

Realizando uma interpretação sistemático teleológica, tendo em conta os princípios que norteiam a nova lei e as finalidades da Política Nacional sobre Drogas, com relação ao delito de porte para uso próprio capitulado no seu artigo 28 teremos inicialmente que a nova base principiológica adota estabelece que: “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”, conforme a dicção do artigo 4º, inciso I; “o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes”, nos termos do inciso II do mesmo dispositivo legal; além da necessidade do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas”, conforme o disposto no seu artigo 19, inciso III.

Pois bem, ao punir o delito de porte para uso pessoal, isolada e unicamente, com pena restritiva de direitos o legislador inaugura uma nova modalidade de delitos em nosso sistema penal, vale dizer, os delitos de mínimo potencial ofensivo (Também nesse sentido ver: MAGNO, Levy Emanuel. In: GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes (Coord.). *Nova lei antidrogas comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 120). Seguindo nessa linha de pensamento verifica-se de plano que o delito de “uso de drogas” é, nos termos da nova lei, absolutamente incompatível com a privação de liberdade do eventual infrator.

Tanto assim que a lei veda em seu artigo 48, § 2º a imposição de prisão em flagrante ao autor da conduta prevista no artigo 28, devendo este ser encaminhado imediatamente ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Tal compromisso poderá ser tomado pela própria autoridade policial, sempre vedada a detenção do autor do fato, conforme estabelece o §3º do artigo 48 da nova lei de drogas. Dessa forma, ao contrário do que tem sido afirmado pela maioria da doutrina, não será possível, realmente, a prisão em flagrante do autor da conduta tipificada.

Diante da impossibilidade de prisão em flagrante está absolutamente vedado o ingresso em casa particular para a constatação ou apreensão de drogas



ilícitas que estejam sendo utilizadas para consumo próprio sem mandado judicial, uma vez que a norma constitucional excepciona apenas aquela hipótese, conforme prevê o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

Numa análise sistemática da lei essa impossibilidade fica realçada quando se verifica que não foi criminalizada a conduta de quem utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse, por qualquer título, para o uso de substâncias psicotrópicas, conduta que era anteriormente equiparada ao tráfico conforme o inciso II do § 2º do artigo 12 da Lei nº 6368/76.

Com essa nova conformação o legislador, na realidade, reconfigurou o âmbito de interesse e atuação legítima do Estado. Caso a conduta não tenha relevância e permaneça no plano da intimidade do cidadão que faça uso da droga, fora do espaço público, não será permitida a intervenção desmotivada do Estado que nesse limite somente poderá ingressar munido de autorização judicial.

Ao delimitar o interesse estatal o legislador deu nova solução ao conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A conduta está criminalizada, contudo, se praticada no espaço público terá potencialidade de expansão e sujeitará o infrator à pronta e imediata intervenção estatal, contudo, se praticada no recesso de sua privacidade, no interior de sua residência, por exemplo, o infrator, embora cometendo um ilícito penal, somente estará passível da intervenção estatal se a autoridade pública se apresentar munido de mandado que lhe franqueie o acesso na residência da pessoa averiguada.

A mesma orientação se aplica a conduta de plantio para uso pessoal que, nos termos do § 1º do artigo 28, está equipada à conduta de porte para uso próprio. Remarque-se, que essa alternativa de suprimento autônomo por parte da pessoa que dela se utiliza retira uma fonte fundamental de recursos da atividade comercial ilícita e evita o estabelecimento de vínculos da pessoa que usa drogas com as organizações criminosas que se dedicam ao tráfico.

Dessa forma é possível projetar, com a necessidade de poucas alterações legais, quiçá apenas regulamentação de natureza administrativa, para a implementação de clubes de canabismo no Brasil. Caso a autorização para o uso seja restrito a determinados locais e certos grupos de pessoas, a conduta estará contida naquele âmbito específico e será passível de um melhor controle criminal, social e médico-sanitário.

Estratégias dessa natureza, que visam à prevenção de riscos e a redução de danos são condutas adotadas comumente como controles informais e, em nossa história, tivemos experiências semelhantes como os clubes de diambistas do Maranhão, conforme os relatos de estudiosos da época (IGLÉSIAS, Francisco Assis. Sobre o vício da diamba. In: BRASIL. Serviço



Nacional de Educação Sanitária. Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958. p. 18-19). Por outro lado, condutas que envolvem aspectos morais e criminalizadas com maior rigor - como o ato obsceno, tipificado no artigo 233 do Código Penal e sancionado com pena de detenção de três meses a um ano – são também de tipificação restrita ao espaço público e há tolerância com sua prática privada e mesmo permissão e destinação de locais especialmente adequados à atividade do naturismo, geridos por associações ou clubes de pessoas cultoras dessa cultura. (“Drogas e Redução de Danos: Análise Crítica no Âmbito das Ciências Criminais”).

Nessa mesma esteira, merece destaque aresto proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que afirmou a impossibilidade de majoração da pena pela agravante geral da reincidência com suporte em condenação anterior pela prática do ilícito de porte de entorpecente para uso pessoal, previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/06. Confira-se:

Mas sim, com olhos na evidente e profícua reforma legislativa de mitigação do desvalor à conduta do usuário - vendo-o, agora, como dependente a ser tratado e não como delinquente a ser reprimido --, perquirir acerca da pertinência da aplicação da agravante geral da reincidência, sem a devida ponderação, ao condenado por uso de drogas das consequências jurídico-penais aplicáveis quando da prática de qualquer delito, como se estivesse a tratar de um ilícito penal ordinário, sem qualquer especificidade.

Por mais que se defenda a natureza criminosa do artigo 28 da Lei 11343, é inegável que a ausência de previsão de pena privativa de liberdade como sanção, sequer de forma remota, significa uma relevante alteração na valoração do fato, de um diminuto desvalor e ofensividade, notadamente tendo-se em conta o regime normativo anterior. Mudança esta que não pode ser, pelos aplicadores do Direito, negligenciada.

De uma breve análise das sanções previstas no citado dispositivo, deduz-se um novel paradigma no Direito Brasileiro, o afastamento *in totum* da pena privativa de liberdade, em um movimento de descarcerização movido, em muito, pela consciência mundialmente alcançada quanto ao fracasso da política de embate e repressão aos entorpecentes, inclusive quanto ao usuário.

As sanções previstas para o indivíduo que pratica conduta tipificada no artigo 28 não têm matiz repressivo, mas antes, de cunho preventivo especial



positivo, com vistas à reinserção social e o afastamento de fatores de vulnerabilidade. A deixar ainda mais evidente tal intento, mesmo em hipótese de descumprimento das sanções impostas, **não prevê a lei a conversão em privativa de liberdade.**

Ora, cientes da irrupção deste novo paradigma, é possível e legítimo, como feito pelo juiz sentenciante, considerar a prática anterior do artigo 28 da lei 11343/06 como fato criminoso idôneo a gerar reincidência? Em outros termos: um indivíduo é condenado pela realização de conduta prevista no artigo 28 e, posteriormente, pratica, por exemplo, tráfico de entorpecentes - em lapso inferior a cinco anos - ele é, à luz do ordenamento pátrio, reincidente?

(...)

Ora, divisando-se a alteração de regime promovida com o advento da Lei 11343/06, denota-se que a reprovação ético-social ao comportamento do usuário de drogas é nos dias de hoje diminuta, justamente pela conscientização de que este indivíduo, muito mais do que um delinquente que opta deliberadamente por violar a ordem jurídica, é alguém a necessitar de apoio, informação e auxílio. Campo, pois, muito além do direito penal.

A equiparação, portanto, da conduta do usuário a outros delitos, para fins de geração de reincidência, viola os princípios básicos como a isonomia e a proporcionalidade, visto que em detrimento das especificidades do tipo previsto no artigo 28 que o caracterizam como um crime singular, de diminuta ilicitude e ofensividade, diante das sanções que lhe são cominadas.

Para além disso, a interpretação do conceito de reincidência do artigo 63 do CP, na fase de determinação da reprovação penal, não deve ser literal e automática, considerando apenas a cronologia das condenações, muito menos partindo de alguma formulação preconceituosa que concebe o reincidente como alguém mais culpado, como um desajustado, que, punido anteriormente, não respeitou a lei penal, nem se lembrou do castigo decorrente da condenação aplicada anteriormente, sinais supostamente reveladores de exacerbada culpabilidade.

A reincidência não deve ter valor absoluto porque muitas vezes o fato-crime anterior tem pouca relevância penal ou pode ter sido apenas um episódio isolado na vida do imputado, decorrente de circunstâncias momentâneas diversas, das quais ele não soube fugir ou não teria conseguido resistir.

Não se pode também presumir que a sanção aplicada ao crime anterior não tivera a eficácia desejada em termos de prevenção especial, porque, muitas vezes, o agente sequer conhecia os termos da condenação.

(...)



O artigo 28 da Lei 11343/06 – lei posterior ao artigo 63 do CP – fora concebido sem qualquer previsão de pena privativa de liberdade, na linha das modernas tendências de ver o usuário como indivíduo carecedor de tratamento e não delinquente infrator da ordem jurídica, fato que não pode ser negligenciado, como se estivesse a tratar de qualquer delito. Tal a razão pela qual aquele já condenado por uso de drogas não pode, a posteriori, ter este fato – não revelador de uma desconsideração pela ordem jurídica e nem perigosidade – valorado em seu desfavor, a título de reincidência, para ampliar o tempo no cárcere, em detrimento da vontade hoje estampada na lei.

O indivíduo anteriormente condenado pelo artigo 28 – que sequer enseja pena de prisão – não pode ser considerado perigoso e sequer pode ser tido como descumpridor da ordem jurídica, donde supostamente colocar-se-iam necessidades preventivas, visto que a própria lei hoje reconhece a condição daquele como pessoa a, muito mais do que censura, merecer tratamento.

(...)

É dizer, a sanção prevista no tipo penal retrata o desvalor do ordenamento à conduta tipificada, pelo que a impossibilidade absoluta de privação da liberdade por violação do art. 28 revela, de forma estreme de dúvidas, uma mudança radical na percepção e reprovação social ao comportamento do usuário, dantes delinquente a ser combatido e segregado, hoje dependente a merecer apoio e tratamento. Fator este que não pode ser negligenciado na análise do âmbito de incidência do artigo 63 do CP, que, não é demais salientar, não pode ser aplicado quando o fato anterior não goza de significativa gravidade, pena de admitir-se irrestrita e injustificada compressão de direitos fundamentais.

Se o legislador afasta peremptoriamente a pena privativa de liberdade para o indivíduo que incide no artigo 28 – inclusive no grave caso de descumprimento das sanções impostas –, como admitir-se que, em eventual delito posterior, a pena seja, a título de reincidência, majorada na forma de prisão exatamente em virtude do uso anterior? Estar-se-ia, por via transversa, em flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, a admitir pena privativa pelo uso quando tal fora afastado, de forma categórica, pelo próprio legislador.

A corroborar a impropriedade de o artigo 28 da Lei 11343/06 servir como suporte para a caracterização da reincidência, tem-se o regime das contravenções penais. Estas, consoante disposto no artigo 5º do decreto lei 3688/41, sujeitam-se às penas principais de prisão simples ou multa, penas



estas, realce-se, mais graves do que as previstas para o indivíduo que incide no artigo 28.

Conforme consabido, quem pratica uma contravenção penal e depois um crime é primário, visto que o artigo 63 do Código Penal só considera reincidente aquele que comete crime anterior, conceito que não abarca contravenção penal, e o artigo 7º da Lei das Contravenções Penais não contempla tal hipótese como de reincidência.

Ora, um sistema penal que se pretenda legítimo deve, ao menos, guardar coerência e razoabilidade. Como pode o artigo 28 da Lei 11343/06 – pelo qual sequer há possibilidade remota de privação da liberdade – gerar reincidência e a contravenção, passível de prisão simples, ser inábil a gerá-la em caso de crime posterior? Chancelar-se entendimento desta sorte implica admissão de séria fissura em detrimento da coesão e harmonia do sistema penal. E tal, o que é demasiado grave, em violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a necessariamente nortear um legítimo processo de tipificação de condutas e cominação de penas.

Refoge, portanto, ao razoável considerar-se que aquele que fora condenado por, v.g., porte de droga para consumo próprio, em futura condenação por crime, será considerado reincidente (quando sequer há pena privativa cominada para este delito), quando as contravenções (sancionáveis com prisão simples) são inidôneas para tanto.

(...)

Conforme visto à exaustão, o preceito secundário do artigo 28 não prevê pena privativa de liberdade, o que demonstra tratar-se de crime de menor gravidade e ofensividade, razão da impossibilidade de considerar-se a condenação anterior por tal delito como causa hábil a configurar reincidência. Por tal razão, não pode esta anterior condenação do sentenciado embasar o aumento de pena nem a negativa da causa de diminuição, pelo que imperiosa a reforma da sentença monocrática.

(...) (TJ/SP, 1ª CCrim., Ap. n.º 0009781-64.2010.8.26.0400, rel. Des. Márcio Bártoli, m.v., j, 05.03.2012; grifos do original).

Na doutrina, igualmente, colhem-se manifestações nessa mesma direção. Veja-se:

Não é exagerado, assim, equiparar a intensidade da ilicitude do fato “porte de drogas” ao mesmo grau das mais tênues contravenções penais. Sabe-se que a prática da contravenção penal não configura falta grave durante o



cumprimento de pena. Também não é capaz de revogar obrigatoriamente o *sursis* (da pena ou processual) e não gera reincidência no caso de condenação por crime. Eis o necessário raciocínio pela proporcionalidade: ora, se mesmo as contravenções penais que cominam pena privativa de liberdade não configuram falta grave, não revogam necessariamente o *sursis* e não geram reincidência para a futura prática de crime, como uma infração penal com ilícito menos intenso e abstratamente menos reprovável pode fazê-lo? Seria evidentemente desproporcional, contrariando os ditames de isonomia e razoabilidade que regem a interpretação racional do ordenamento (...) Enfim, é formalmente um crime, mas seus efeitos secundários não podem superar os de uma contravenção penal, por uma questão de proporcionalidade. (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda; Legislação Penal Especial: volume 1, 5ª edição, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 225).

Ainda no mesmo diapasão, decisão judicial que rejeitou denúncia ofertada pela prática do crime do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 nas dependências de estabelecimento prisional por ausência dos pressupostos processuais da ação penal:

Vistos.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o réu F.C.T., dando-o como incurso no art. 28, 'caput', da Lei 11.343/06, por portar droga para consumo próprio, no interior de estabelecimento penal.

O artigo 395, II e III, do CPP, aplicável a todos os procedimentos, na forma do art. 394, § 4º, do CPP, com as redações modificadas pela Lei 11.719/08, autoriza a rejeição da denúncia quando faltar condição para o exercício da ação ou justa causa.

A respeito do interesse de agir, uma das condições do processo, prelecionam Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra:

“Tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” (Teoria Geral do Processo, 10ª Ed., Malheiros, 1994, p. 256).



Destarte, para se afirmar a presença do interesse processual mister se faz que o provimento jurisdicional almejado seja útil.

Nesse sentido:

“O interesse de agir deve ser enfatizado no campo penal, visto ser o processo criminal uma coação somente admitida quando seu resultado se mostrar útil, já que, do contrário, somente estaria caracterizando-o como meio de aflição, constrangimento e gerador de estigmatizações. Desse modo, pode-se concluir que a existência do processo está condicionada à determinação do delito e à imposição da pena correspondente. Seria ilógico pensar o processo com o objetivo de fixar uma pena que será atacada pela prescrição retroativa, que declarará extinta a punibilidade. Ou seja, é um processo inútil e ineficaz” (Lopes, Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal, editora Lumen Juris, Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 6).

No caso em apreço, o acolhimento da pretensão punitiva estatal afigura-se totalmente inútil, senão vejamos:

De início, aponta-se a ausência de credibilidade de uma confissão do réu, quando ausentes outros elementos de convicção, porquanto é fato comum detentos assumirem condutas de outros presos, obrigados por estes sob graves ameaças.

Não obstante, a Lei 11.343/06 trouxe medidas despenalizadoras ao delito previsto no art. 28 da citada lei, de sorte que a pena final a ser aplicada ao denunciado, em caso de condenação, seria uma daquelas previstas no art. 28, incisos I, II e III da mencionada lei.

Tendo-se em conta as finalidades da pena, tem-se que aquelas medidas são totalmente inócuas no caso vertente.

A sanção de advertência quanto aos malefícios do uso de drogas, para presos condenados definitivamente em regime fechado ou semi-aberto, seria estéril, já que totalmente esclarecidos quanto aos prejuízos o uso de substância estupefaciente.

Ademais, a Lei de Execução Penal estipula ser falta grave a prática de crime doloso no interior de estabelecimento penal, sendo que tal punição administrativa independe da criminal. A previsão das sanções da Lei 11.343/06, em termos práticos, é muito mais branda que as consequências administrativas da prática de falta grave, sendo totalmente desnecessária a intervenção do Direito Penal nesse caso.

“A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis – por sua nocividade intrínseca – só pode ser prescrita *in extremis*, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou estas resultam



ineficazes: como *ultima ratio*” (FRANCO, Alberto Silva e outros, Código Penal e sua Interpretação, 8ª edição, RT, São Paulo, 2007, p. 49)

Assim, qualquer finalidade buscada com a sanção de advertência também já seria atingida com a punição administrativa.

Nessa mesma esteira, a pena de prestação de serviços à comunidade não surtiria efeitos para condenados em regime fechado ou semi-aberto, ante a impossibilidade de cumprimento de tais reprimendas.

A conversão em penas pecuniárias implicaria, quando cumpridas, em violação ao princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CF/88), porquanto acabaria sendo os familiares do preso ou pessoas próximas a ele que arcaiam com tais sanções.

Em caso de descumprimento das penas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, o legislador previu a aplicação de admoestação verbal e multa (art. 28, §6º, da Lei 11.343/06), que também não surtiriam qualquer efeito prático no caso em exame, pelos motivos já expostos.

Não há a possibilidade de se converter aquelas penas em privativas de liberdade, à míngua de previsão legal nesse sentido.

Em tese, a única reprimenda adequada poderia ser a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III, da citada Lei), contudo, em caso de recusa no seu cumprimento a sua efetividade restaria aniquilada. Outrossim, estando o denunciado em estabelecimento penal, tais medidas já poderiam ser fornecidas pelo próprio Estado, sendo desnecessária a aplicação de sanção criminal neste sentido. Pois, é dever do Estado assegurar a higidez mental e física dos presos, uma vez que tais direitos não lhe foram retirados na sentença penal condenatória (art. 3º e 14º, da Lei 7.210/84).

(...)

Destarte, mesmo com uma sentença penal condenatória, nenhuma das finalidades buscadas com a sanção penal seria atingida.

Nem se diga que estaria o Poder Judiciário se abstendo da sua função de sancionar o delito, pois, mesmo existindo a infração penal, pode o magistrado deixar de aplicar a pena ao fundamento da irrelevância penal do fato ou propriamente da desnecessidade de pena, nos termos do art. 59 do CP, já que a pena deve ser necessária e suficiente à repreensão do crime.

“Infração bagatelar imprópria: é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se veria que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato)” (GOMES, Luiz Flávio



e Antonio García-Pablos de Molina, Direito Penal, vol.2, Parte Geral, RT, 1ª ed, São Paulo, p.305).

(...)

Não se trata de admitir a legalização do uso de drogas no interior de estabelecimento penal, porquanto existindo previsão de tal conduta como crime, há sanção administrativa por prática de falta grave, que independe de decisão criminal. Aliás, sanção administrativa com consequências mais graves que a própria reprimenda criminal.

(...)

O único efeito útil que se poderia buscar com a condenação do denunciado nas sanções do art. 28 da Lei 11.343/06, seria, em tese, o reconhecimento de uma condenação para efeitos de reincidência. Todavia, cuidando-se de denunciado que já estava cumprindo pena em regime fechado ou semi-aberto, inexoravelmente já é reincidente.

De outro lado, a onerosidade representada pela deflagração e transcurso de um processo desse jaez é desproporcional a utilidade do processo. Isso porque se movimenta toda uma máquina judiciária, com materiais e servidores – bem como escoltas para conduzir os presos às audiências (não raro, presos de alta periculosidade, pois estão em regime fechado ou semi-aberto, exigindo maior número de escoltas) e requisição dos agentes penitenciários como testemunhas, que estão em dias de folga ou a trabalho – para ao final aplicar-se uma sanção que nem de perto atingirá as finalidades de uma sanção penal.

Destarte, é nítida a inutilidade de um processo-crime nessas circunstâncias, que de mais a mais apenas servirá para estigmatizar o réu, sendo imperiosa a sua extinção liminarmente.

“Em pesados gravames importa o processo penal, e isso não só ao *status libertatis*, como ao *status dignitatis* do acusado. Assim, seu aforamento sem a evidenciação de um mínimo de justa causa caracteriza ultraje a direito individual, cuja salvaguarda de modo algum pode ser subtraída à imediata apreciação do Judiciário” (TACRIM-SP – HC – Rel. Azevedo Fransceschini – JUTACRIM-SP 22/170)

O transcurso de um processo sem utilidade jurídica representa ato contrário ao ordenamento jurídico, razão pela qual não há, também, justa causa para a continuidade da persecução criminal.

“Se o processo não for útil ao Estado, sua existência é jurídica e socialmente inútil. O interesse de agir é categoria básica para a noção de ‘justa causa’ no processo penal, e exige da ação penal um resultado útil. Sem aplicação possível de sanção. Inexiste justa causa para a ação penal” (TJRS – 8ª Câmara)



Crim. – Rec. 700008660530 – Rel. Tupinambá Pinto Azevedo – j. 10.5.2000 – RJTJGS 203/128).

(...)

Diante do exposto, com fundamento no art. 395, incisos II e III do CPP, rejeito a denúncia oferecida contra F.C.T. que imputava ao réu o crime previsto no art. 28 “caput”, da Lei 11.343/06.

P.R.I.

Tiago Henriques Papaterra Limongi

Juiz de Direito.

Tratando-se de delito que tutela a saúde pública, o art. 28 da Lei n.º 11.343/06 só tem incidência quando a posse da droga se dá em local público. No âmbito inexpugnável da privacidade, a posse de drogas para consumo pessoal é fato atípico.

7. Conclusão

Muitos outros argumentos poderiam ser trazidos, como, por exemplo, a inidoneidade ou ineficácia do mecanismo penal para tratar a questão⁴². A decisão da Corte Suprema da Argentina fez menção à ineficiência da repressão penal tendo em vista o constante aumento do consumo de drogas naquele país.

Referido argumento, contudo, deve ser compreendido apenas como uma consideração adicional, não como base da argumentação jurídica, ao menos no caso em análise.

LUIS GRECO afirma, a nosso ver com razão, que *“se se quiser recorrer ao empírico para deduzir conclusões liberais, em especial limites ao poder do estado, é de ter-se o cuidado de caracterizar esse argumento clara e expressamente como uma*

⁴² MAGALHÃES, Mariângela. “Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas”, op. cit., pp. 91/104.



consideração adicional. Do contrário, não se fortalece, mas sim se acaba enfraquecendo o postulado limite ao poder estatal, uma vez que esse limite agora passa da situação contingente em que se encontra o mundo”⁴³.

Como sabido, a tarefa de julgar exige um controle mínimo da racionalidade legislativa, sem qualquer ingerência de um poder em outro, mas exercício regular de função jurisdicional típica.

Afinal, “o legislador penal não tem um cheque em branco. Ele não pode tipificar livremente condutas, sem qualquer controle e critério.”⁴⁴

Além de não haver demonstração de que maior repressão implique menos consumo⁴⁵ – a realidade demonstra justamente o oposto –, a ameaça de pena no caso das drogas (ainda que alternativas à prisão) é político-criminalmente inoperante, inexistindo sentido preventivo ou repressivo.

E mais: por que incriminar o que não deve ser criminalizado?

Ora, quando o legislador prevê, abstratamente, para condutas que deveriam ser sérias e que mereceriam a intervenção penal, a *pena* de advertência – que é a que será suficiente para o geral dos casos em que o autor do fato seja primário – e para o seu descumprimento a *pena* de admoestação, impõe-se reconhecer que tais condutas não têm a gravidade que reclama a intervenção do direito penal⁴⁶.

Contando ainda com os doutos subsídios que serão trazidos à colação por Vossa Excelência e pelos demais ilustres componentes do Plenário dessa e.

⁴³ Op. cit., p. 89.

⁴⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. “Controle Jurisdicional da Instituição de Tipos Penais – Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006” in *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 38, 2007, p. 116.

⁴⁵ *Cannabis Policy: moving beyond stalemate*, op. cit., p. 48.

⁴⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, op. cit., p. 120.



Corte, aguarda o IBCCRIM o provimento do recurso extraordinário em tela, a fim de que o art. 28 da Lei n.º 11.343/06 seja declarado inconstitucional.

São Paulo, 29 de outubro de 2012.

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES
OAB/SP 155.546

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO
OAB/SP 200.793

DIOGO RUDGE MALAN
OAB/RJ 98.788

HELOISA ESTELLITA
OAB/SP 125.447

LUCIANO FELDENS
OAB/RS 75.825

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI
OAB/SP 163.657

CRISTIANO AVILA MARONA
OAB/SP 122.486

THIAGO BOTTINO DO AMARAL
OAB/RJ 102.312

MAURIDES RIBEIRO
OAB/SP 77.102