

**V CONGRESSO NACIONAL DA  
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – FEPODI**

**Presidente** - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

**1º vice-presidente:** Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

**2º vice-presidente:** Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

**Secretário Executivo:** Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

**Tesoureiro:** Sérgio Braga (PUCSP)

**Diretora de Comunicação:** Vivian Gregori (USP)

**1º Diretora de Políticas Institucionais:** Cyntia Farias (PUC-SP)

**Diretor de Relações Internacionais:** Valter Moura do Carmo (UFSC)

**Diretor de Instituições Particulares:** Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

**Diretor de Instituições Públicas:** Nevitton Souza (UFES)

**Diretor de Eventos Acadêmicos:** Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

**Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu:** Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

**Vice-Presidente Regional Sul:** Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

**Vice-Presidente Regional Sudeste:** Jackson Passos (PUCSP)

**Vice-Presidente Regional Norte:** Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

**Vice-Presidente Regional Nordeste:** Osvaldo Resende Neto (UFS)

#### **COLABORADORES:**

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

---

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



## V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

---

### **Apresentação**

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI



**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS À LUZ DO EMBATE ENTRE  
A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL CLÁSSICO**

**THE DECRIMINALIZATION OF THE DRUG POSSESSION ON THE DELIGHT  
OF THE CLASH BETWEEN THE EXPANDING AND THE CLASSIC PENAL LAW**

**Daniele Cristina Horta Oliveira <sup>1</sup>  
Rogério Monteiro Barbosa  
Caroline Magalhães Carvalhais**

**Resumo**

O presente estudo objetiva analisar a constitucionalidade do Art.28 da Lei de Drogas, que criminaliza o porte de drogas para consumo próprio. Nesse sentido, deve-se levar em consideração o momento jurídico atual de expansão do direito penal e o embate deste com o direito penal clássico, pois tal expansão fere princípios penais e constitucionais, conquistados arduamente para coibir os abusos historicamente cometidos pelo Estado brasileiro, em especial durante a ditadura militar. Dentre os quais, o presente artigo se ateve aos Princípios da Intervenção Mínima, da Ofensividade e da Proporcionalidade que são desrespeitados pelo Art.28 da Lei de Drogas.

**Palavras-chave:** Garantismo penal, Porte de drogas, Expansão do direito penal

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present study aims to analyze the constitutionality of the article 28 of the drug law, that criminalizes the possession of drugs to self consumption. It must be considered the current juridical moment of the expansion of the penal law and its clash between the classical one, because this expansion hurts the constitutional penal principles that were hardly earned to inhibit the historically committed abuses made by the Brazilian State, specially during the military dictatorship. This article is based on the principles of minimal intervention, offensiveness and proportionality, that are disrespected by the article 28 of the drug law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Penal garantism, Drug possession, Expansion of the penal law

---

<sup>1</sup> Graduanda de Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Garantismo Penal, teoria de Luigi Ferrajoli, possui heranças iluministas. Dessa forma, é fundamental, para a sua compreensão, a consideração do contexto histórico do surgimento do pensamento iluminista. Nesse sentido, vale ressaltar que a Europa vivenciava regimes absolutistas, isto é, o poder dos estados europeus estava concentrado em uma única pessoa: o monarca. Tal estruturação estatal concedia expedientes ilimitados ao chefe de Estado, inclusive acerca do poder punitivo, de maneira que era punido quem o monarca quisesse e como quisesse. Nesse cenário, surge a teoria iluminista com a finalidade de proteger o indivíduo dos abusos do Estado.

Dessa maneira, o garantismo penal de Ferrajoli, embora posterior ao ideário iluminista, é uma política criminal, inserida na linha teórica minimalista, que se coaduna com o iluminismo, por visar, assim como este, à salvaguarda do indivíduo frente o poder punitivo do Estado, por meio da consolidação e promoção de garantias individuais, como o Princípio da Ofensividade, que será posteriormente analisado no presente estudo. Sobre tal objetivo comenta Ferrajoli:

[...] os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientando a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de *limitação do poder punitivo* e de *tutela da pessoa contra a arbitrariedade* (FERRAJOLI, 2006, p.38).

Esse entendimento acerca a importância da proteção das garantias individuais foi amplamente recepcionado pelos países do mundo, uma vez que, de acordo com uma análise histórica, os estados, quando não devidamente estruturados e limitados, são potencialmente autoritários e abusivos. Tal tendência foi observada nos governos absolutistas, nas ditaduras latinas, nos regimes totalitaristas, como o nazismo e o fascismo entre outros momentos da história.

Ademais, tal necessidade de proteção aos princípios do garantismo penal também foi sentida no Brasil, uma vez que, por meio de uma análise histórica do país, torna-se perceptível a tendência autoritária e omissa do Estado brasileiro. Desde 1530, início da colonização do país e, por conseguinte, do que se entende hoje como Brasil, até os dias atuais, são observadas afrontas gravíssimas às garantias individuais do brasileiro. Tais violações se tornam mais evidentes no período ditatorial, em que muitos cidadãos tiveram seus direitos relativizados e

até mesmo desconsiderados, tendo em vista que eram presos sem que tivessem cometido crime algum e eram até mesmo torturados e assassinados.

Nesse viés, com o intento de evitar o cometimento de novos abusos por parte do poder punitivo do Estado, o Código Penal (1940) e a Constituição Cidadã (1988) adotaram um caráter garantista. Uma prova disso é a fixação da Dignidade da Pessoa Humana como princípio basilar da redemocratização, a fim de salvaguardar as garantias individuais frente ao Estado.

Dentre essas garantias, o presente estudo irá abordar o Princípio da Ofensividade e o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, tendo como foco o Recurso Extraordinário (RE) 635659 relativo à constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio, prevista na Lei de drogas: “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.” (art. 28, §1º). Tal criminalização representa um retrocesso em relação às conquistas do garantismo penal, haja vista que fere os Princípios da Lesividade e da Intervenção Mínima. Somado a isso, observa-se uma preocupante expansão do direito penal com a criminalização do porte de drogas para consumo próprio, uma vez que a legislação penal visava, em sua estruturação matriz, à salvaguarda apenas de bens individuais e vale lembrar que, no Art.28 da Lei de Drogas, o bem jurídico tutelado é coletivo. A vertente metodológica da presente pesquisa é jurídico-sociológica, o tipo é o jurídico-projetivo e a técnica usada é a pesquisa teórica.

## **2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

Atualmente, percebe-se, no âmbito jurídico, um intenso debate acerca do movimento de expansão do direito penal, tendência observada em diversas regiões do mundo, e sua repercussão conflitante com o Direito Penal clássico. A preocupação dos juristas encontra justificativa no fato de que a criação de novos tipos penais desvirtua a principiologia matriz do Direito Penal clássico.

A fim de entender esse movimento, muitos juristas buscaram traçar as possíveis causas da expansão do Direito Penal. Dentre eles, Ulrich Beck (2011) entende que existem duas perspectivas: uma filosófica e uma sociológica. Em primeiro lugar, segundo uma análise filosófica, o momento atual corresponderia à pós-modernidade ou uma crise da ou na modernidade, isto é, têm-se atualmente valores diferentes daqueles formadores do pensamento

moderno. O principal ponto distintivo entre tais momentos diz respeito às certezas. Em outras palavras, se, por um lado, a razão moderna se propunha a dar respostas científicas e precisas a quase quaisquer questões, por outro lado, o pensamento pós-moderno é marcado por incertezas, como pode ser percebido nos trechos a seguir:

No entanto, o sonho da modernidade (com seu objetivo de dominação) perde o seu controle na sua própria técnica. A noção de tempo e espaço *absolutos* de Newton dá lugar à *relatividade* de Einstein. Heisenberg demonstra que o observador e suas técnicas perturbam o objeto observado. Prigoni reconhece *o fim das certezas* e engaja a física no estudo das estruturas dissipativas e de sua desordem criadora (OST *apud* BOZZA, 2014, p.23).

Essas novas descobertas provocam desconfiança no modelo de ciência da modernidade. A certeza da modernidade é colocada em xeque. A técnica da modernidade já não dá mais conta de cumprir sua promessa de dominação. O ser humano perde o total controle sobre a natureza. Nessa situação, a pretendida objetividade científica é substituída por um *pluralismo de verdades*. O desafio que essa nova forma de ciência enfrenta é o de ter que decidir em situações de *indecidibilidade* (D'ÁVILA *apud* BOZZA, 2014, p. 23).

Essa crise de certezas enfrentada pelas ciências na pós-modernidade, também afeta o Direito, uma vez sendo este também uma ciência. De forma que o Direito entra em crise, porque suas respostas modernas já não são totalizantes como eram pensadas e já não se encaixam mais com a realidade, pois esta se encontra mergulhada em incertezas. Por causa disso, é preciso que o direito seja repensado. Como pode ser observado no trecho a seguir:

Essa crise, diante da evidência de riscos e conflitos cada vez mais complexos, desafia o potencial de adaptação do Direito. Indica a necessidade de desenvolvimento de recursos e métodos para enfrentar os novos desafios que emergiram da sociedade pós-industrial, complexa. No campo da ciência do direito, há tempos percebem-se sinais de que há necessidade de uma mudança estrutural, e não meramente conjuntural, sendo que referida mudança altera a própria identidade do sistema normativo (DINIZ *apud* BOZZA, 2014, p.24 – 25)

Em segundo lugar, de acordo com uma perspectiva sociológica, Ulrich Beck (2001) entende que a sociedade atual é uma sociedade do risco e levanta três grandes momentos acerca de como as sociedades lidavam com os riscos. Inicialmente, os riscos eram entendidos como acidentes, isto é, eram acontecimentos exteriores e imprevistos e havia uma tentativa de preveni-los por meio da “previdência”. Num segundo momento, o risco passa de um mero acidente e passa a ser estatístico, objetivável e mensurável, por meio de cálculos de probabilidade. Assim, o risco torna-se suportável e o seu dano é trabalhado pelo direito por meio da responsabilidade objetiva.



Por fim, ainda sob a perspectiva de Ulrich Beck (2001), no momento atual, o risco assume grandes proporções, de maneira catastrófica e praticamente imprevisível, o que malogra a tentativa da modernidade de preveni-los e de dominá-los por meio de cálculos estatísticos. Tais riscos gerando uma consequência que antes não era observada, mesmo que o risco não se efetive: a produção de uma sociedade de vítimas. Essa transformação acerca de como a sociedade se relaciona com os riscos pode ser percebida nas seguintes passagens:

A ideia de sociedade do risco anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência comunitária ou individual possuam origem em fenômenos da natureza ou em ações humanas identificáveis. Os riscos atuais são provenientes do próprio homem, mas não são identificáveis nem em sua origem, nem em seus efeitos (BECK *apud* BOZZA, 2014, p.27).

Resultado da perda de controle sobre a técnica, a sociedade vive ameaçada pelos danos (atuais e futuros) ao meio ambiente, pela engenharia genética, pela manipulação de energia nuclear, pela instabilidade das economias que dominam o mercado internacional, etc., o que cria uma comunidade de vítimas, assim como um sentimento coletivo de insegurança (BOZZA, 2014, p.28)

Assim, devido ao surgimento de uma sociedade de risco, o direito entra em crise, por não ser mais capaz de, utilizando seus preceitos modernos, lidar com os riscos da pós-modernidade. De forma que o debate acerca de como o direito deve lidar com os novos riscos se intensifica a cada instante. Para alguns juristas, o direito penal deveria modificar sua principiologia para lidar com os riscos modernos, tutelando bens supraindividuais, para outros não há incompatibilidade entre a principiologia moderna e os riscos pós-modernos, sendo necessária apenas uma adaptação. Ainda há aqueles que entendem não ser responsabilidade do direito penal lidar com tais riscos.

### **3. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL *VERSUS* DIREITO PENAL MÍNIMO**

A expansão do Direito Penal caracteriza-se principalmente na criação de tipos penais que tutelam bens jurídicos coletivos, como meio ambiente e saúde pública, ao invés de se limitar a proteger somente bens jurídicos individuais. Tal tutela de bens jurídicos coletivos vai de encontro com um dos princípios penais fundamentais à promoção de um Estado Democrático de Direito que é o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, que consiste nas ideias de fragmentariedade e de subsidiariedade.

De acordo com a concepção de fragmentariedade, o Direito Penal deveria tutelar somente bens jurídicos incontestavelmente relevantes e punir apenas ataques intoleráveis a tais

bens jurídicos. Ademais, segundo o conceito de subsidiariedade, o Direito Penal só poderia intervir a fim de tutelar determinado bem jurídico e punir ataques destinados a tal bem, caso outros ramos do Direito, em especial o Civil e o Administrativo, tivessem fracasso nesse objetivo protetivo. Como comenta Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 2012, p. 96).

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Direito Penal, pensado como recurso de *ultima ratio*, deveria se ocupar apenas de bens individuais relevantes para a sociedade. No entanto, com a expansão do direito penal, observa-se o inverso: uma utilização exagerada e equivocada do Direito Penal na resolução de questões sociais, como comenta Fábio Bozza:

Este acontecimento deixa de ser apenas objeto de descrição por parte da ciência, e passa a ser encarado como algo preocupante, que deve ser objeto de crítica, pois retira uma das principais características do direito penal iluminista: em vez de o direito penal ser a *ultima ratio* do Estado para a proteção de bens jurídicos, torna-se o principal e mais utilizado instrumento de gestão de problemas sociais (BOZZA, 2014, p.2).

Dessa maneira, o presente estudo entende que a expansão do direito penal como tem sido feita é equivocada, uma vez que os conceitos basilares do Direito Penal iluminista divergem da criação inconsequente de tipos penais. Portanto, é preciso que outras áreas do direito se estruturam a fim de lidar com os novos riscos ou que o direito penal sofra uma alteração principiológica com o objetivo de se evitar tal incompatibilidade.

Nessa linha de raciocínio, enquanto o Direito Penal não for reestruturado, ele deverá respeitar sua principiologia matriz, de forma que, em razão do Princípio do Direito Penal Mínimo, o art.28 da Lei de Drogas deveria ser revogado, uma vez que a saúde pública, bem jurídico, tutelado pelo artigo, é coletivo e não individual.

#### **4. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE**

Outro Princípio basilar do Direito Penal Clássico é o Princípio da Ofensividade, para melhor compreendê-lo é preciso levar em consideração a diferença existe entre crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato. Em primeiro lugar, os crimes de dano são observados quando o bem jurídico é efetivamente atingido. Em segundo lugar, os crimes de perigo concreto são aqueles que exigem uma situação de perigo inequivocamente demonstrada para a sua consumação. Por fim, os crimes de perigo abstrato não exigem comprovação do perigo a que foi exposto o bem jurídico para que o crime se consuma, são, portanto, crimes de presunção absoluta, isto é, presume-se de que determinadas condutas necessariamente advém perigo.

Tais crimes de perigo abstrato são fruto da expansão do direito penal e entram em confronto com o Princípio da Ofensividade, uma vez que, de acordo com o princípio, somente haverá crime caso o bem jurídico seja efetivamente atingido (crime de dano) ou quando for inequivocamente demonstrado que o bem jurídico foi exposto a perigo. Assim, segundo o Princípio da Lesividade, os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais. Como comenta Bitencourt:

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. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal. (BITENCOURT, 2012, p.111)

Segundo Bitencourt (2012), o Princípio da Lesividade possui duas dimensões de atuação: no momento de criação das normas e, posteriormente, quando estas forem aplicadas aos casos concretos. Em primeiro lugar, o legislador deve obedecer ao princípio da Ofensividade durante a elaboração das normas penais, de forma que não ocorra criminalização de condutas que não lesem bens jurídicos tutelados ou que não causem ao menos perigo concreto a estes. Já no segundo plano o princípio teria a função de guiar o juiz no momento de aplicação das normas ao caso concreto. Somado a isso, o penalista entende que tais funções do princípio são comunicáveis, assim, quando o legislador por algum equívoco criminalizar condutas de perigo abstrato, deve o juiz, no caso concreto, salvaguardar o princípio, como esclarece Bitencourt:

A despeito da clareza de cada função, não se pode imaginar que se trate de funções incomunicáveis e inalteráveis, sempre com destinatários específicos, como mencionado acima. Aliás, em Direito, convém que se repita, nada é estanque, inalterável e definitivo; não se trata, como se tem repetido, de uma ciência exata. Com efeito, devem-se conceber as duas funções mencionadas como complementares; nesses termos, quando, por exemplo, o legislador, no exercício de sua função legislativa, criminalizar condutas ignorando a necessidade de possuírem conteúdo lesivo, como exige o princípio em exame, essa omissão deve, necessariamente, ser suprida pelo juiz ou intérprete (BITENCOURT, 2012, p. 113).

O fundamento para essa correção no desvio legislativo, por violar princípios garantistas consagrados em nosso ordenamento político-jurídico, está assegurado na própria Carta Magna. A harmonia do sistema jurídico exige que seus diplomas legais mantenham correção com os ditames emanados da própria Constituição Federal. Eventuais equívocos ou desvios de rumo devem ser recompostos, dentro do devido processo legal, pelo Poder Judiciário, que é, em última instância, o Guardião da própria Constituição (BITENCOURT, 2012, p.114).

Assim, por ter a função de guardar a Constituição, o poder judiciário deve salvaguardar a aplicação do princípio no caso concreto, mesmo que exista uma norma criminalizando alguma conduta de perigo abstrato. Portanto, percebe-se que o Art.28 da Lei de Drogas, por criminalizar uma conduta de perigo abstrato, é inconstitucional e deve ser retificado pelo poder judiciário ao final do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659.

## **5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O Princípio da Proporcionalidade é mais uma herança iluminista fundamental para o direito penal clássico. Tal princípio consiste no entendimento de que o Estado deveria usar somente os meios necessários para desmotivar a prática de determinada conduta, sendo vedado dessa forma o uso de meios desproporcionais ou excessivos pelo Estado, por exemplo, uma conduta que não é matéria de direito penal não pode ser regulada por esse ramo, como comenta Bitencourt (2012): ‘proporcionalidade “stricto sensu”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso dos meios adequados e abster-se de usar meios ou recursos desproporcionais’.

No entanto, atualmente, ainda observa-se o de meios desproporcionais pelo Estado, uma vez que o legislador assim o prevê erroneamente, então o que fazer? Segundo Bitencourt, em casos de equívoco do legislador deve-se recorrer ao poder judiciário a fim de evitar ferir princípios constitucionais, como esclarece Bitencourt:

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não combatê-los, pelo menos questioná-los. A única possibilidade do Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (BITENCOURT, 2012, p.123).

Nesse sentido, o presente artigo entende que não é adequada a utilização do Direito Penal na reprimenda do porte de drogas para consumo próprio, uma vez que tal conduta pessoal do indivíduo pode ser desmotivada por outros meios, como campanhas de combate às drogas, por exemplo. Não sendo, portanto, proporcional a criminalização do porte de drogas para consumo próprio como é prevista no Art.28 da Lei de Drogas.

## **6. VOTOS DOS MINISTROS**

O Recurso Extraordinário (RE) 635659 tem como objetivo decidir se o Art.28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) é ou não constitucional. Até o momento todos os votos foram a favor da inconstitucionalidade do artigo, entretanto, o recurso encontra-se suspenso.

Segundo a Folha de São Paulo (2016), o ministro Fachin votou a favor da descriminalização do portes de drogas para consumo próprio, todavia, somente em relação à maconha, assim, para o ministro, devem ser mantidas as regras atuais para as demais drogas, como cocaína e crack. O ministro sugere a criação de uma nova lei que diferencie o usuário do traficante, estipulando, por exemplo, quantidades máximas para o usuário e mínimas para o enquadramento do sujeito que porta maconha como traficante. Por fim, o ministro entende que a produção e a comercialização da maconha e, por conseguinte, das demais drogas continue a ser crime.

Ainda segundo a Folha de São Paulo (2016), outro ministro que também se posicionou a favor da descriminalização do porte de maconha para consumo próprio foi o Luís Roberto Barroso. No entanto, ele foi além e defendeu também a liberação do plantio da maconha para consumo próprio, estabelecendo como quantidade limite de porte de maconha do usuário a quantidade de 25g e autorização para o plantio de até seis plantas, sendo que qualquer indivíduo que ultrapasse as quantidades permitidas para o porte de maconha para consumo próprio, deixará de ser entendido como usuário e será identificado como traficante. Tal sugestão tem como base modelos adotados no Uruguai e em Portugal.

Somado a isso, Barroso argumentou que as políticas de repressão ao consumo de drogas têm falhado significativamente e que a população tem diminuído, por conta própria, o consumo de cigarro, droga legalizada. Nesse sentido, de acordo com o argumento do ministro, é possível inferir que existem medidas mais eficazes no combate do uso de drogas, como a promoção de propagandas nas mídias, como televisão e rádio, e nas redes sociais, uma vez que as pessoas, tornando-se mais conscientes dos malefícios do cigarro, optaram por reduzir o consumo da droga. Outro argumento levantado pelo ministro foi que a criminalização do porte de drogas para consumo próprio inibe os usuários a buscarem ajuda e tratamento no sistema de saúde por receio de serem punidos de alguma maneira e diz “a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública”.

Por fim, o relator do caso ministro Gilmar Mendes, em seu voto, posiciona-se também de maneira favorável à descriminalização do porte de drogas, por entender que o Art.28 da Lei de Drogas fere a liberdade de escolhas da pessoa em relação à sua própria vida, modo de agir e personalidade. A respeito disso, em seu voto, o ministro comenta: “fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações”, ademais, Gilmar Mendes diz: “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”.

Além disso, o ministro entende que a política de luta contra as drogas tende, atualmente, a incluir o tema como uma questão de saúde e não de segurança pública e que prova disso é o fato de o Art.28, de certa maneira, diferenciar o traficante do usuário. Todavia, a mera previsão legal de criminalização do porte de drogas para consumo próprio geraria estigmatização do usuário, o que contrariar os objetivos do combate às drogas, como ele comenta, em voto, na passagem a seguir:

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais do porte de drogas para uso pessoal, a mera previsão de condutas referentes ao consumo pessoal como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional (MENDES, 2015).

Outro ponto identificado pelo relator, em seu voto, é o desrespeito do Princípio da Proporcionalidade ao se incriminar o porte de drogas para consumo próprio. Essa desobediência ao princípio ocorre se deve ao fato de ser inadequada como política de drogas a criminalização do porte de drogas para consumo próprio e essa incoerência demonstra-se preocupante, uma

vez que o ministro entende que, apesar de o legislador penal possuir certa liberdade, tal faculdade deve ser sempre limitada pelos princípios constitucionais, como o da proporcionalidade. A respeito da utilização de meios inadequados o ministro esclarece, em seu voto, que a medida repressiva estará adequada quando: “o pressuposto de que nenhum outro meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados”.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil, por possuir um histórico de desrespeito à Constituição e, em especial, aos direitos fundamentais, após o golpe militar, adotou um modelo constitucional e penal garantistas. De forma que a Dignidade da Pessoa Humana encontra-se no centro de todo o ordenamento jurídico, protegendo as garantias individuais de qualquer relativização ou desconsideração.

Nesse sentido, entende-se que é de suma importância para a manutenção da jovem democracia brasileira, a proteção das garantias individuais contra qualquer desconsideração ou relativização, como os Princípios da Intervenção Mínima, da Ofensividade e da Proporcionalidade. No entanto, é possível perceber que, no atual momento de expansão do direito penal, tais princípios são muitas vezes desrespeitados, em destaque no presente estudo, em relação à criminalização do porte de drogas para consumo próprio.

Em primeiro lugar, o Princípio da Intervenção Mínima é desrespeitado, visto que se percebe a tutela de bens jurídicos metaindividuais – como a saúde pública tutelado pelo Art.28 da Lei de Drogas – que poderiam ser salvaguardados por outras áreas do Direito que não o Direito Penal e o uso deste não como *ultima ratio*, mas como solução para qualquer problema social. Em segundo lugar, o Princípio da Lesividade é afetado ao se criminalizarem condutas de perigo abstrato, como o porte de drogas para consumo próprio. Por fim, desrespeita-se o princípio da proporcionalidade, pois o Direito Penal não é o meio mais adequado para inibir o porte de drogas para consumo próprio. Portanto, no presente estudo, entende-se que o Art.28 da Lei de Drogas é inconstitucional, visto que fere tais princípios acima elencados.

## **REFERÊNCIAS**

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo, SP: 34 Ltda, 2011. Disponível em:  
<file:///C:/Users/MDJ/Downloads/A%20sociedade%20de%20risco%20-%20Ulrich%20Beck.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 17ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. Disponível em:  
<<https://onedrive.live.com/?cid=2E9FCEC408D87003&id=2E9FCEC408D87003%21477&parId=2E9FCEC408D87003%21162&o=OneUp>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e Proibição de Excesso como limites à Expansão Penal**. Curitiba, 2014. Disponível em:  
<<https://onedrive.live.com/?authkey=%21AM3F7f0Vy93WOus&cid=B19BE50A38E28FB3&id=B19BE50A38E28FB3%21624&parId=B19BE50A38E28FB3%21604&o=OneUp>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 635659. Relator: Min. Gilmar Mendes. São Paulo, SP. 20 ago. 2015. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

FALCÃO, Márcio. **Ministro do STF quer julgar liberação do porte de drogas neste semestre**. Folha de São Paulo, Brasília, 02 ago. 2016. Disponível em:  
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1798045-ministro-do-stf-quer-julgar-liberacao-do-porte-de-droga-neste-semester.shtml>>. Acesso em: 06 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.