

PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS: OS LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA A PARTIR DA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

THE PROHIBITION OF EXCESS PRINCIPLE AND THE PROHIBITION OF SPECIAL NEEDS CARRIER PROTECTION PRINCIPLE: THE LIMITS OF THE LEGISLATIVE ACTIVITY FROM ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF THE LAW 11.343 / 06

Cristiano Thadeu e Silva Elias¹

Doutor em Direito Penal

Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) - Minas Gerais (MG) - Brasil

Fabiana Silva Bittencourt²

Mestranda em Direito

Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) - Minas Gerais (MG) - Brasil

RESUMO: A partir dos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente, que são conceituados e analisados, por serem os “devem ser” cumpridos pelo legislador quando da elaboração das normas jurídicas, o presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, analisará a arguição de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, as características da sua produção legislativa e a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que já proferiu três votos declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

¹Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo - USP. Professor do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. E-mail: cristiano_elias@hotmail.com

²Mestranda pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Bolsista CAPES. Editora Associada da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Atualmente é professora substituta na Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail:fafabittencourt@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Proibição do excesso. Proibição da proteção deficiente. Inconstitucionalidade. Legislativo. Recurso Extraordinário n.º 635.659.

ABSTRACT: Based on the principles of the prohibition of excess and the prohibition of deficient protection, which must be followed by the legislator when elaborating legal norms, the present work, through a bibliographical research, will analyze the unconstitutionality of article 28 of Law 11.343 / 06, the characteristics of its legislative production and the position adopted by the Federal Supreme Court, which has already delivered three votes declaring the unconstitutionality of said device.

KEYWORDS: Prohibition of excess. Prohibition of poor protection. Unconstitutionality. Legislative. Extraordinary Appeal n.º 635.659.

INTRODUÇÃO

O Recurso Extraordinário n.º 635.659 tem como objeto a discussão, à luz do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, a compatibilidade ou não do artigo 28, da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte para consumo de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Tal julgamento refere-se à atuação em sede recursal do tribunal constitucional, que analisará a constitucionalidade do referido artigo em função do controle difuso de constitucionalidade. O fato que deu azo a tal recurso fundamenta-se no sentido de que a criminalização da posse de drogas para consumo violaria o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse sentido, tal dispositivo constitucional protegeria as escolhas do indivíduo em âmbito privado, desde que não haja ofensa a terceiros, o que descaracterizaria a conduta criminosa, vez que em decorrência de tal fato, a conduta para que seja definida como crime deve lesionar bens jurídicos alheios. Assim, diversamente dos recursos anteriores a respeito da inconstitucionalidade do referido artigo, que tinham como fundamento o fato de não se atribuir pena de reclusão ou detenção à conduta, o julgamento atual dar-se-á sob o enfoque da incompatibilidade do mencionado artigo com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

Entretanto, muito se discute acerca desse controle Legislativo exercido pelo Judiciário, vez que aquele é o titular democrático da elaboração das leis a partir da representação da vontade popular.

Lado outro, questiona-se a adequação das decisões tomadas pelo Legislativo quando da elaboração das leis, vez que estas seriam pautadas em interesses pessoais dos Legisladores e não na vontade popular.

Fato é que há parâmetros que permitem aferir a necessidade e adequação da lei ao ordenamento jurídico e uma dessas possibilidades está presente na subsunção aos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente.

Assim, o presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, estudará os referidos princípios, analisará o contexto de elaboração do artigo 28 da Lei 11.343/06 e verificará se o artigo em questão precisa ser submetido ao controle de constitucionalidade para que se conforme ao ordenamento.

1. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 - ASPECTOS LEGAIS E PECULIARIDADES

A Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, foi promulgada com o intuito de instituir o chamado Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (SISNAD), de prescrever medidas para a prevenção do uso indevido e reinserção social de usuários/dependentes e para estabelecer normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, revogando expressamente, em seu artigo 75, as antigas Leis n.º 6.368/76 e 10.409/02, que tratavam, anteriormente, do tema.

Primeira característica que deve ser destacada quanto à Lei de Drogas (11.343/06) é a de ser uma norma penal em branco, ou seja, não há no corpo da legislação penal a especificação de quais seriam as drogas lícitas e ilícitas assim consideradas pelo ordenamento jurídico, sendo tal definição de incumbência da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde³, que estabelece o rol das substâncias consideradas drogas ilícitas e que conseqüentemente, ensejam a aplicação da legislação específica.

Outro aspecto importante que merece atenção é a conformidade da lei com as diretrizes internacionais da Organização Mundial da Saúde, que passa a utilizar o termo “droga” ao invés das antigas referências a entorpecente e substância psicotrópicas⁴, inclusive tratando o título V da Lei 11.343/06 da cooperação internacional acerca atuação de prevenção e repressão do uso das drogas, demonstrando a preocupação e a união internacional no seu combate.

³NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 299.

⁴MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107.

Nesse sentido, corroborando a relevância do tema que enseja inclusive a união de forças além das fronteiras dos países, a Constituição de 1988, norma fundamental e diretriz de todo o ordenamento jurídico brasileiro, em seu artigo 5º, inciso XLIII dispõe que:

Art. 5º, XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifos nossos)

Além de considerar crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou indulto o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a CF/88 ainda estabelece a possibilidade de extradição do brasileiro naturalizado em caso de cometimento de crime de tráfico de drogas, independentemente se praticado antes ou depois da naturalização (CF, art. 5º, LI), também prevê a possibilidade de confisco de todo e qualquer bem apreendido em decorrência do tráfico ilícito de drogas e expropriação das glebas de terras em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas sem direito a qualquer indenização (CF, art. 243, p.u.), sendo uma das atribuições da polícia federal a prevenção e a repressão do tráfico de drogas (CF, art. 144, §1º, II).

Destarte, é nítida a preocupação do legislador constitucional em combater o tráfico ilícito de drogas, estabelecendo tratamento rígido à conduta criminosa, não podendo o agente se beneficiar de favores legais (graça e anistia), criando exceção à regra da não-extradição e à do não-confisco e demonstrando a necessidade de atenção especial e controle eficiente ao atribuir à polícia federal expressamente o dever de prevenção e repressão ao tráfico de drogas, devendo o legislador infraconstitucional, à luz da integridade e coerência do sistema de normas, observar os parâmetros e as diretrizes constitucionais quando da elaboração de novos diplomas legislativos.

Contudo, diversas controvérsias permeiam a Lei 11.343/06, principalmente quando esta é analisada sob a perspectiva constitucional, sendo o enalço do presente trabalho o estudo de uma das várias vertentes que emergem desse cotejo entre a carta constitucional e a Lei de drogas.

Dentre as referidas vertentes possíveis, o presente estudo buscará analisar o

artigo 28 da Lei 11.343/06, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, em razão do questionamento acerca da sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e das conseqüentes repercussões que poderão decorrer do julgamento⁵.

Assim dispõe a Lei 11.343/06, em seu artigo 28:

Art. 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

§ 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

⁵A respeito do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 vide trabalho do i. Professor Doutor Lenio Luiz Streck intitulado “O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?””, disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf acesso em 31/01/2017.

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Na época em que a Lei 11.434/06 entrou em vigor, uma parcela da doutrina defendeu ter havido a descriminalização do delito previsto no artigo 28, não sendo mais o usuário de drogas ilícitas considerado criminoso vez que a ele não eram destinadas as autênticas penas, atribuindo-lhe o tipo penal apenas as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e/ou de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo àquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar, trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, restando descaracterizado o crime em razão da impossibilidade de imposição da pena privativa de liberdade⁶.

Argumentos contrários à *abolitio criminis* são trazidos enfaticamente pelo jurista Vicente Greco Filho⁷ ao afirmar categoricamente que

[a] lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento (...), mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu artigo 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. (...) A observação é feita somente porque, logo que foi promulgada, houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data vênia, não tem consciência jurídica.

Por fim, defendeu-se inclusive o surgimento de uma categoria *sui generis* de ilícito, vez que não seria nem penal (crime ou contravenção) e nem administrativo, constituindo a conduta fato ilícito, porém não penal e, sim, *sui generis*⁸.

⁶NUCCI, *idem*, p.306.

⁷GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: Prevenção-repressão. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.128

⁸NUCCI, *op. cit.* p. 309.

Entretanto, as discussões mais acentuadas que surgiram e permanecem até hoje ultrapassam questionamentos acerca do caráter penal ou administrativo ou mesmo *sui generis* da cominação atribuída ao artigo 28 da Lei 11.343/06, afirmando a necessidade de análise do tipo à luz da Constituição a partir da premissa de que a intimidade, a liberdade e a vida privada asseguradas pela carta magna impediriam que o legislador infraconstitucional estabelecesse tal proibição porte de drogas para consumo próprio.

Assim, o disposto no artigo 28 da Lei 11.343/06 violaria a proteção às escolhas do indivíduo em âmbito privado, vez que não há ofensa a terceiros, o que descaracteriza a conduta criminosa, pois a conduta para que seja definida como crime deve lesionar bens jurídicos alheios.

E é à luz desse argumento que o Supremo Tribunal Federal, diversamente dos recursos anteriores a respeito da inconstitucionalidade do referido artigo, que tinham como fundamento o fato de não se atribuir pena de reclusão ou detenção à conduta, deverá proferir decisão, em sede de controle difuso, acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

O Supremo Tribunal Federal foi instado, por meio do Recurso Extraordinário n.º 635.659, a se manifestar acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, o qual, segundo a tese do recurso, iria de encontro aos princípios constitucionais da intimidade e da privacidade. Tal arguição questiona o exercício da atividade legislativa, seus limites de atuação, colocando em xeque, por meio de controle difuso, a constitucionalidade do referido artigo.

O referido recurso tem como objeto a discussão a respeito da compatibilidade ou não do artigo 28, da Lei 11.343/2006 - que tipifica a posse de drogas para consumo pessoal - com os princípios constitucionais da intimidade, da vida privada, da segurança e da saúde pública.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de um réu pego com 3g de maconha na prisão, sob o fundamento de o artigo 28 da Lei 11.343/06 ferir os direitos à intimidade, à vida privada e à autolesão, garantidos constitucionalmente.

Eleito relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto⁹ no sentido de dever ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006

⁹Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em 5 set 2016.

em razão de sua violação ao princípio da proporcionalidade, que tem como norte os princípios da proibição do excesso (*Übermassverbote*) e proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*), em que se devem observar critérios de necessidade e adequação para a elaboração da norma, ressaltando que a criminalização, nesse caso, restringe em grau máximo, porém, desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão.

Consigna o E. Ministro, primeiramente, em tópico acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade de normas penais, seus parâmetros e limites, que é possível o controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal vez que estaria o Tribunal incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou proteger.

No item seguinte, o Ministro tece considerações acerca dos crimes de perigo abstrato, afirmando a delicada relação entre tais delitos e os princípios da lesividade/ofensividade, devendo ser rígida a fiscalização de sua constitucionalidade, à luz do princípio da proporcionalidade.

Em seguida, o Ministro passa a tratar das políticas regulatórias para a posse de drogas para consumo pessoal, distinguindo descriminalização de despenalização e ressaltando a adoção de medidas em âmbito internacional para redução de danos e prevenção de riscos.

O Ministro Gilmar Mendes, então, passa a analisar a norma impugnada, à luz do princípio da proporcionalidade, em exame de sua adequação e necessidade. Primeiramente, trata da adequação, sob o enfoque dos controles de evidência e justificabilidade, afirmando que na prática, em que pese o abrandamento das consequências penais no caso de posse de drogas para consumo pessoal, a lei, ao conferir tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico, não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante, e, diante dessa situação, na maioria dos casos, todos acabam sendo enquadrados como traficantes. Para fundamentar tal afirmação, o e. Ministro apresenta estudo acerca da situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas, criticando o fato de não haver critérios objetivos para a distinção entre traficante e usuário, ficando a cargo da autoridade policial a classificação do delito. Conclui o julgador pela incongruência entre a criminalização da conduta e os objetivos do legislador, potencializada pela ausência de critério objetivo, o que violaria o princípio da proporcionalidade. Em

seguida, o e. Ministro Gilmar Mendes trata do controle de justificabilidade, consignando que não há nenhuma relação entre a criminalização da conduta e a redução do consumo, logo, a criminalização das condutas referentes ao consumo da droga está em dissonância com o princípio da proporcionalidade.

O Ministro analisa também se a medida legislativa é necessária, sob o aspecto constitucional, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes, concluindo haver, nesse caso, de um lado o direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação e de outro o direito coletivo à saúde e à segurança pública, tratando-se o presente caso de verificação dos limites da intervenção em direitos individuais em nome da proteção a direitos coletivos, afigurando-se, nesse contexto, a criminalização do porte “excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade” p. 39.

A criminalização do porte de drogas para consumo próprio, portanto, segundo o Ministro, é inconstitucional por atingir em grau máximo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, afirmando a necessidade de adoção de medidas alternativas, como a fixação de critérios objetivos para distinguir o uso do tráfico, não sendo, entretanto, realizado prévio estudo sobre as peculiaridades do local. Consigna o e. Ministro que “a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade”¹⁰.

Ressalta o julgador que a decisão não tem o condão de conduzir à interpretação de legalização irrestrita do porte de drogas para consumo pessoal, mas em caráter transitório, até ulterior legislação, devem ser aplicadas as medidas previstas no artigo impugnado, afastado seu caráter penal, conferindo-lhe natureza exclusivamente administrativa.

Destaca, por fim, o e. Ministro, como consequência da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, a impossibilidade de prisão em flagrante e da condução coercitiva à presença do juiz ou à delegacia, afirmando ser ônus da acusação a comprovação de que a droga não se destina a consumo pessoal, à luz do princípio constitucional da não culpabilidade.

Em sede de dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes declara a inconstitucionalida-

¹⁰Trecho extraído do voto do e. Ministro Gilmar Mendes, disponível em Voto na íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classificacaoProcesso=RE&numeroTema=506>> p. 49. Acesso em 5 set 2016.

de do artigo 28 da Lei 11.343/06, afastando-lhe qualquer natureza penal, contudo, mantendo no que couber, até advento de legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa, além de conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 48, §§ 1º e 2º e artigo 50, caput, todos da Lei 11.343/06. Determina, ainda, ao Conselho Nacional de Justiça diligenciar, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, os encaminhamentos necessários à aplicação das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar e articulação com serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

Em seguida, o e. Ministro Edson Fachin proferiu seu voto¹¹ seguindo o relator, com a ressalva de declaração de inconstitucionalidade da norma especificamente para a situação que, tal como se deu no caso concreto em questão, apresente conduta que, descrita no tipo legal, tiver exclusivamente como objeto material a droga que estava em pauta, ou seja, a maconha, restando mantida a proibição, inclusive do uso e do porte para consumo pessoal, de todas as demais drogas ilícitas.

Destaca, o Ministro, a necessidade de autocontenção da Corte, com estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação especificamente sobre: a definição da constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

Afirma, ainda, que a questão da criminalização das drogas se fundamentaria em três argumentos, quais sejam: argumento perfeccionista - reprovabilidade moral da conduta -; argumento paternalista - proteção contra os danos decorrentes do consumo de drogas -; argumento de defesa da sociedade - proteção dos demais cidadãos -, e que, segundo o mesmo, haveria outros mecanismos capazes de coibir e reprimir o uso de drogas alheios à esfera penal.

Após citar doutrinadores que tratam do tema, consigna o e. Ministro que a opção pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa uma atitude político-criminal, vez que se confrontam a técnica de incriminação por meio dos “cri-

¹¹Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em 5 set 2016.

mes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade e confrontam-se concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Nesse momento, destaca, o Ministro, o fato de que a definição do rol de drogas ilícitas é ato realizado pelo Poder Executivo, no âmbito do Ministério da Saúde, caracterizando o aspecto político-criminal da situação, sendo a norma impugnada espécie penal em branco, que deixou a cargo do Poder Executivo a previsão das drogas que devem ser consideradas ilícitas, ressaltando, pois, que a não inclusão do álcool e do tabaco no rol das drogas ilícitas é também uma questão político-criminal.

E, nesse contexto, deveria ser analisada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 à luz da sua compatibilidade com a intenção político-criminal, sob os aspectos da proporcionalidade e da ofensividade. Quanto à proporcionalidade, afirma o e. Ministro que esta “não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato”¹². Já quanto à ofensividade, passa o Ministro a tratar da diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo abstrato, concluindo que estes, presentes na lei 11.343/06, caracterizariam uma imputação hipotética, que deve ser analisada sob o aspecto de ser capaz de gerar mais do que dúvida razoável, permitindo a conclusão de ser a incriminação justificada, o que não seria o caso do tipo em questão.

A partir de tais conceitos, conclui o e. Julgador a necessidade de ser o dependente de drogas considerado vítima e não autor do delito. Em seguida, são apresentados vários dados referentes à condenação penal envolvendo drogas, com a discriminação específica da maconha nas análises, a fim de demonstrar a necessidade de ser o usuário em situação de dependência encarado como doente, sendo dever do Estado seu acolhimento e garantia de seu direito à saúde.

Ressalta o Ministro a necessidade de o Legislativo estabelecer a regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga, sob pena de vício constitucional e mora legislativa, além de definir de maneira objetiva a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas. Além disso, destaca a necessidade da respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e so-

¹²Trecho extraído do voto do e. Ministro Edson Fachin, disponível em Voto na íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> p. 7. Acesso em 5 set 2016.

bre drogas - Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), os quais devem, na ausência de previsão legislativa, determinar parâmetros provisórios para distinção entre usuário e traficante de drogas.

Decide o Ministro, em sede de dispositivo, declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação ao porte de maconha para consumo próprio, mantendo a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, acima referidos, aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica e emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data do julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como ouvir especialistas e a comunidade externa.

O Ministro Luís Roberto Barroso, último a proferir voto¹³ a respeito do caso até o momento, consignou, primeiramente, que a questão em discussão envolve o consumo de 3g (três gramas) de maconha e, portanto, esse é o pressuposto de seu voto, o qual se restringe à análise do porte e consumo apenas da referida droga. Ressalta em seu voto que a discussão se refere à descriminalização e não à legalização, continuando, portanto sendo o consumo da maconha ou de qualquer outra droga ilícito, cingindo o debate sobre como deve ser a reação do Direito Penal a esse fato, se por meio de medidas penais ou outros instrumentos.

Estabelece, o Ministro em seu voto, três premissas fáticas, quais sejam: o consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim - sendo papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo;

¹³Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 5 set 2016

b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico -; a guerra contra as drogas fracassou - a realidade atual é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico -; é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira - combate ao tráfico, atenção à população carcerária e tratamento do usuário.

Em seguida, o Ministro elenca três razões pragmáticas para a descriminalização: a primeira razão é o fracasso da política atual, que fomentou o crescimento do mercado negro, a consolidação do crime organizado e o aumento de delitos relacionados ao tráfico de drogas; a segunda razão é o alto custo para a sociedade para a manutenção da população carcerária, que aumentou significativamente com o advento da lei 11.343/06; e a terceira razão é o fato de a criminalização afetar a proteção da saúde pública, que assume posição secundária diante das preocupações com a segurança pública e aplicação da lei penal.

Assim, nesse primeiro momento, aponta o e. Ministro razões que caracterizam a necessidade da descriminalização. Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso demonstra a tendência atual entre países como EUA, Portugal e Espanha de adoção de meios alternativos à criminalização.

Do ponto de vista jurídico, o e. Ministro aponta três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles é a violação do direito à privacidade, afirmando ser a intimidade e a vida privada direitos resguardados constitucionalmente e que condutas que em que pese não moralmente aceitas, mas que não interfiram na esfera de direitos de terceiros, não devem ser punidas. O segundo é a violação à autonomia individual, não podendo o Estado interferir nas escolhas dos indivíduos se estas não prejudicarem terceiros; a autonomia individual relaciona-se diretamente à liberdade do indivíduo, direito constitucional que não pode ser cerceado pelo Estado. O terceiro, e último, é a violação ao princípio da proporcionalidade, afirmando nesse caso o e. Ministro ser a proporcionalidade o parâmetro para a restrição das liberdades, devendo ser medida à luz da lesividade da conduta, da adequação e da necessidade; e, no caso em questão, não há que se falar em lesividade considerando que a conduta não atinge bem jurídico de alheio, tampouco em adequação, vez que não tem atingido seu fim de proteção à saúde pública, nem em necessidade, considerando a tendência atual de descriminalização.

Assim, conclui o e. Ministro pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28

caput e de seu §1º da Lei 11.343/06, por arrastamento, afirmando a necessidade de definição de um critério objetivo para distinção entre usuário e traficante. E, em seguida, nesse sentido, o e. Julgador propõe a fixação do critério objetivo de até 25g de maconha (critério português) ou e 6 (seis) plantas fêmeas (critério uruguaio) para a caracterização do usuário, sendo este parâmetro presunção relativa, que pode ser afastado a critério do juiz de acordo com as circunstâncias do caso em questão.

Ao final, rebate, o e. Ministro, argumentos contrários à descriminalização, como: a descriminalização produzirá aumento do consumo e aumento da criminalidade associada ao consumo das drogas; a descriminalização trará impacto para a saúde pública etc.

Em conclusão, o referido Ministro declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e fixa critérios objetivos para a distinção entre usuários e traficantes, devendo prevalecer estes até manifestação do Poder Legislativo acerca da questão.

Até o presente momento foram proferidos os referidos três votos. A síntese delas acima apresentada já permite analisar alguns fundamentos que buscam caracterizar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, demonstrando a incompatibilidade entre o referido artigo e as diretrizes constitucionais, restando clara a sua inobservância pelo Legislador quando da elaboração e a necessidade de atuação do Poder Judiciário para a garantia da guarda constitucional.

Em que pese a apresentação dos principais pontos de argumentação constantes em cada voto que se entendeu necessária para a melhor compreensão do contexto de julgamento, o voto do e. Ministro Gilmar Mendes é o que contempla a tese que será desenvolvida em sequência.

3 O Princípio da Proporcionalidade e sua implicação na atuação do Poder Legislativo

Como é possível observar já no início do voto proferido pelo e. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Legislador, quando da elaboração das leis, precisa ater-se aos parâmetros de necessidade e de adequação, caracterizados, nesse caso, pelo chamado princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade para a elaboração das normas é dividido em duas vertentes: proibição do excesso (*Übermassverbote*) e proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*). A primeira indica que o Estado não deve intervir na

liberdade dos cidadãos, ou deve respeitar limites rígidos na intervenção da conduta destes, enquanto a segunda indica que o Estado tem o dever de adotar medidas mínimas de proteção e não pode ser omissivo quanto à garantia e proteção de direitos daqueles a ele subordinados.

Assim,

há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro - o princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) - funciona como proibição de intervenções; o segundo - o princípio da proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) - funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁴.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵, na seara do direito penal, que se refere ao caso em questão analisado pelo presente trabalho, há uma inequívoca vinculação entre os deveres de proteção e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais. Assim, para efetivar seu dever de proteção pode o Estado afetar de modo desproporcional um direito fundamental, atuando o princípio da proibição do excesso como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas adotadas, sendo um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais; a outro giro, o Estado pode também frustrar seu dever de proteção atuando de maneira insuficiente ou até mesmo deixando de atuar e, nesse caso, emerge a proibição da insuficiência, ou proibição da proteção deficiente, sendo o Estado obrigado a agir para efetivar a proteção a determinado direito fundamental.

O Legislador, portanto, tem o dever de observar as duas vertentes do princípio da proporcionalidade quando da elaboração da lei, sob pena de dever ser reconhecida a inconstitucionalidade do ato normativo. Destarte,

a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental por parte deste (e.g., quando o Estado abre mão de determinadas sanções cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais). Esta dupla face do princípio da proporcio-

¹⁴STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em 01/02/2017.

¹⁵SARLER, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm> Acesso em: 02/02/2017.

nalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador¹⁶.

No caso do artigo 28 da Lei 11.343/06 há praticamente unanimidade a respeito do fato de a maioria dos questionamentos em torno do referido artigo decorrerem da não fixação de um critério objetivo pelo legislador que diferencie a posse para consumo pessoal do tráfico de drogas.

Desse modo,

o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei¹⁷.

Além da ampla discricionariedade atribuída ao magistrado para a tipificação da conduta que lhe é apresentada diante da ausência da fixação do critério objetivo para a distinção entre os delitos, tem-se também como problema de técnica legislativa o fato de os principais artigos da Lei de Drogas possuírem núcleos verbais iguais ou muito próximos¹⁸, dificultando ainda mais o enquadramento do fato e depositando peso ainda maior na discricionariedade judiciária.

Entretanto, o maior afastamento do Legislador do princípio da proporcionalidade quando da elaboração do artigo 28 da Lei 11.343/06 decorre da ausência de coerência e integridade de um sistema normativo que de um lado considera crime hediondo, insuscetível de graça e anistia, que apresenta possibilidade mais rígida para a progressão de regime, ou seja, de um delito criminalizado constitucionalmente, sendo-lhe atribuídas diretrizes para rígido tratamento, e, do outro lado, tem-se o consumo de drogas em si não criminalizado e a posse para uso próprio praticamente na esteira de não-infração, como caminha o Supremo Tribunal Federal na análise da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

¹⁶GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

¹⁷BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.92.

¹⁸MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.219-220.

O presente trabalho não tem a pretensão de defender posicionamento acerca da legalização ou não das drogas, mas sim de demonstrar a necessidade de se analisar as consequências da atividade legislativa incoerente e sem integridade com o sistema constitucional, que acaba por ocasionar a total incongruência do sistema legislativo, que é submetido a conserto pelo Judiciário que tenta, discricionariamente, estabelecer interpretações e eliminar as incompatibilidades entre as normas.

O problema ainda maior é o fato de que a distinção entre o tráfico de drogas e a simples posse para consumo pessoal é não é tarefa fácil e fica a mercê do judiciário, que em grande parte das vezes acaba por decidir em razão de critérios puramente censitários¹⁹, afastando ainda mais das diretrizes constitucionais a aplicação da lei, e, nesses casos,

O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade²⁰.

Destarte torna-se ainda mais pulsante a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade tanto quando da elaboração da norma quanto de sua aplicação, vez que é

a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado - e inclusive através do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos²¹.

¹⁹MARONNA, Cristiano Ávila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.50.

²⁰BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 431.

²²STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/untermassverbot.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao realizar a análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 deve-se pautar pela aplicação do princípio da proporcionalidade à luz de suas ambas vertentes, a fim de garantir a integridade e coerência do ordenamento jurídico e, principalmente, a observância às normas constitucionais.

Ocorre que, o que se percebe a partir dos votos proferidos, é a inexistência de um voto da corte²², sendo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal um conjunto de votos isolados, o que se depreende do resumo dos votos apresentado adrede, não sendo, contudo, objeto do presente trabalho proceder a essa análise, que deverá ser feita em outra oportunidade, sendo o foco atual a afirmação da necessidade de observância do princípio da proporcionalidade quando da elaboração das leis e também quando da verificação de sua constitucionalidade a fim de garantir a coerência e integridade do sistema jurídico e, principalmente, a consecução das diretrizes constitucionais.

Predomina na fundamentação dos votos já proferidos a necessidade de tutela dos princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, em detrimento da saúde pública, prestigiando a fundamentação do Recurso Extraordinário interposto. Logo, prevalece o argumento da liberdade, no sentido de que

a autolesão provocada pelo uso de substâncias entorpecentes foi fortemente contestada como fundamento plausível de incidência penal, o critério de lesividade do direito de terceiros é tradicionalmente considerado como pressuposto do bem jurídico penalmente relevante. Parece claro que, se a pena é medida de caráter público e visa condutas nocivas à sociedade, não pode recair sobre atos que apenas atingem o próprio agente. Basta lembrar que os tipos penais de “lesão corporal” sempre pressupõem afetação de outrem²³.

Entretanto, conforme já referido acima, a análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 não pode ser considerada de maneira isolada, somente a partir da dualidade entre intimidade e vida privada versus saúde pública, ignorando toda a diretriz constitucional de combate e prevenção ao tráfico de drogas e, portanto, a declaração isolada de inconstitucionalidade do referido dispositivo nos moldes constantes nos votos já proferidos parece não levar em

²²A respeito do tema cf.: RODRIGUES, José Rodrigo. Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

²³LEMOS, Clécio. Interações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 20.

consideração todo o ordenamento jurídico e acabará por permitir incoerência da conduta posse para consumo não ser criminalizada mas devendo o tráfico ser duramente combatido, ou seja, o início e o meio da cadeia devem ser duramente reprimidos, mas o final é permitido - Como será possível ter a posse da droga e poder consumi-la sem que seja possível comprá-la ou cultivá-la licitamente, logo, em todo consumo pessoal há um tráfico anterior presumível.

Assim, percebe-se que a discussão não pode se ater simplesmente no reconhecimento ou não da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11/343/06, mas deve ser analisado todo o sistema referente às drogas, à luz das diretrizes constitucionais, a fim de que garantir a integridade e a coerência do sistema constitucional-penal que disciplina a questão, exercendo o Estado o seu papel de garantidor das liberdades, a partir do princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), e protetor dos direitos, considerando a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Considerações Finais

O Legislador tem o dever de, quando do exercício da atividade legislativa, garantir a integridade e coerência do sistema normativo, observando sempre as diretrizes constitucionais estabelecidas, a fim de que a inserção da nova lei não entre em conflito com o ordenamento jurídico pré-existente.

No caso em questão, é indubitável a incoerência normativa entre os dispositivos constitucionais e o disposto no artigo 28 da Lei 11.343/06, vez que ao mesmo tempo em que a Constituição prevê rígido tratamento ao crime de tráfico e severas medidas para o seu combate, o artigo 28 da Lei 11.343/06 prevê brandas sanções àqueles que portarem a droga para consumo pessoal, o que já demonstra a falta de integridade do sistema.

Instado a manifestar acerca da inconstitucionalidade do referido artigo, o Supremo Tribunal Federal segue o rumo para a declaração da inconstitucionalidade, conforme os votos acima apresentados; contudo, tal postura acentua ainda mais a incoerência entre as referidas normas, sendo, necessária, na realidade, a adoção de mecanismos que observem o sistema jurídico como um todo e não que analise determinada norma isoladamente. Essa necessidade é ainda mais pulsante tendo em vista o fato de que em que pese a arguição de inconstitucionalidade ter sido feita pela via difusa, não restam dúvidas a respeito da repercussão que a decisão irá gerar, provocando efeito cascata nos julgados das instâncias inferiores no exato sentido emanado pelo Supremo Tribunal Federal.

E, conforme demonstrado pelo presente artigo, esse conflito foi gerado, em grande medida, em virtude da não observância pelo legislador dos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente, que são os parâmetros que devem orientá-lo quando da elaboração das normas, impedindo uma atuação além e aquém do Estado, devendo, no presente momento, o Supremo Tribunal Federal observar o princípio da proporcionalidade para proferir a decisão, sem, contudo, perder de vista a necessidade de garantir a coerência e integridade do sistema normativo à luz das diretrizes constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOITEUX, Luciana. *Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas*. In: *Drogas: uma nova perspectiva*. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf. Acesso em 01 fev. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção-repressão*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEMOS, Clécio. *Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade*. In: *Drogas: uma nova perspectiva*. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MARONNA, Cristiano Ávila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In: *Drogas: uma nova perspectiva*. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: *Drogas: uma nova perspectiva*. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES. José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm> Acesso em: 02 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

_____. *princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/untermassverbot.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

Artigo recebido em 30/03/2017
Revisado em 12/04/2017
Aprovado em 25/04/2017