



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIRLEY VICTOR SOBRAL PORTO DA CUNHA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP**

Salvador
2021

DIRLEY VICTOR SOBRAL PORTO DA CUNHA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito,
Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Nicory do Prado.

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

DIRLEY VICTOR SOBRAL PORTO DA CUNHA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/06: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, __/__/2021.

Aos

Meus pais, Ana e Dirley, e irmãs Jamile e Diandra,
o meu eterno amor e carinho, agradecendo a
Deus a presença de vocês na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por estar sempre ao meu lado, me protegendo e me guiando em todos os momentos de minha vida.

À minha Mãe, Ana, e a meu Pai, Dirley, faróis que iluminam o meu caminho, que sempre estiveram do meu lado e nunca deixaram de me apoiar, sempre serei grato por tudo que fizeram e fazem por mim, sem vocês eu não sou!

À minhas irmãs, Jamile e Diandra, por serem meu porto seguro, vocês são parte de mim e da minha história.

À minha avó, Raquel Porto e a meu avô Valtércio, em memória de vocês dois, sei que estão comemorando esta conquista comigo, serei eternamente grato pelos momentos que vivenciamos juntos, nunca esquecerei de vocês.

À minha avó, Lilian Cunha, e a meu avô Dirley, obrigado por tudo sempre.

À Laura e Diego, meus sobrinhos que tanto amo, sempre estarei aqui para vocês, e a Ricardo, por me dar essa família linda!

A todos os meus verdadeiros amigos e amigas, não preciso aqui citar nomes, pois, em toda minha vida, sempre cultivei os mesmos amigos. Portanto, quem é sabe! Eu amo muito todos vocês!

Ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Nicory do Prado, grande referência acadêmica e profissional, que foi o grande responsável por criar o interesse dentro de mim em escrever sobre um tema que gosto e acredito. Os meus sinceros agradecimentos.

"Eu sou a ressurreição e a vida.

Aquele que crê em mim, ainda que morra, viverá"

(João 11:25)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal estudar a constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei 11.343/2006, sob os aspectos doutrinários e jurisprudenciais, analisando de forma crítica o Recurso Extraordinário 635.659/SP. Possui como escopo, portanto, demonstrar a constitucionalidade ou não da criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal, uma vez que princípios constitucionais são violados pela tipificação penal da conduta em tela e inexistente bem jurídico de terceiro efetivamente lesionado ou exposto à perigo quando da posse de drogas ilícitas para uso próprio. Assim, para introduzir a discussão aludida, analisar-se-á os pressupostos conceituais e as linhas gerais evolutivas que estão em torno do tema relacionado às drogas, especialmente no que tange os estudos criminológicos e de políticas proibicionistas, bem como os principais pontos do tratamento conferido ao usuário de entorpecentes atualmente no Brasil, nos termos da Lei de Drogas. Em seguida, examinar-se-á o controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, principalmente o controle de constitucionalidade das normas penais, pela sua criminalização constitucional, omissão inconstitucional e interpretação conforme a Constituição para reduzir o âmbito de incriminação e expandir direitos fundamentais. Por fim, investigar-se-á a inconstitucionalidade da criminalização e omissão inconstitucional do porte de drogas para consumo pessoal, no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659, a partir da análise dos princípios constitucionais e penais que são diretamente violados pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Palavras-chave: Drogas; Usuário; Inconstitucionalidade; Recurso Extraordinário.

ABSTRACT

This work has as main objective to study the unconstitutionality of article 28 of Law 11.343/2006, under the doctrinal and jurisprudential aspects, analyzing critically the Extraordinary Appeal 635.659/SP. Its scope, therefore, is to demonstrate the unconstitutionality of the criminalization of drug possession for personal consumption, since constitutional principles are violated by the criminal classification of the conduct in question and there is no legal asset of a third party effectively injured or exposed to danger when in possession of illegal drugs for personal use. Thus, to introduce the aforementioned discussion, the conceptual assumptions and evolutionary general lines surrounding the topic related to drugs will be analyzed, especially with regard to criminological studies and prohibitionist policies, as well as the main points of treatment granted to drug users currently in Brazil, under the terms of the Drug Law. Then, the review of constitutionality of laws in Brazilian law will be examined, especially the review of constitutionality of criminal rules, by its unconstitutional criminalization, unconstitutional omission and interpretation according to the Constitution to reduce the scope of incrimination and expand fundamental rights. Finally, the unconstitutionality of criminalizing the possession of drugs for personal use will be investigated, under Extraordinary Appeal 635,659, based on the analysis of constitutional and criminal principles that are directly violated by article 28 of Law 11.343/2006.

Keywords: Drugs; Drug User; Unconstitutionality; Extraordinary Appeal.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1	Quadro normativo das alternativas à criminalização e critérios de distinção entre uso e tráfico.....	75
----------	--	----

LISTA DE ABREVIATURAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CEED	<i>Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho</i>
CF	Constituição Federal
CONAD	Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas
DEPEN	Departamento Penitenciário
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PDT	Partido Democrático Trabalhista
RE	Recurso Extraordinário
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	A LEI DE DROGAS NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO.....	15
2.1	A ORIGEM, O CONCEITO CIENTÍFICO E A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA.....	15
2.2	LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL.....	17
2.2.1	Noções gerais sobre a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.....	19
2.2.2	Posse de drogas para o consumo pessoal.....	25
2.3	BEM JURÍDICO TUTELADO NA LEI DE DROGAS.....	33
2.3.1	A saúde pública e a tutela dos bens jurídicos.....	34
2.3.2	O bem jurídico tutelado na posse para consumo pessoal.....	38
3	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	41
3.1	CONCEITO.....	41
3.2	PRESSUPOSTOS.....	42
3.2.1	A Constituição escrita e formal.....	42
3.2.2	A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema.....	43
3.2.3	A previsão de um órgão competente.....	44
3.3	MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	45
3.3.1	Americano.....	46
3.3.2	Europeu.....	47
3.3.3	Brasileiro.....	47
3.4	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS PENAS.....	48
3.4.1	Criminalização inconstitucional.....	48
3.4.2	Omissão inconstitucional.....	50
3.4.3	Interpretação conforme a Constituição para reduzir o âmbito de incriminação e expandir direitos	51

4.	A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	53
4.1	DOS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	54
4.1.1	Intimidade e vida privada.....	54
4.1.2	Lesividade.....	57
4.1.3	Proporcionalidade.....	59
4.2	O QUESTIONAMENTO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 25 DA LEI Nº 11.343/2006 NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659/SP.....	62
4.3	A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	68
4.3.1	Voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes.....	69
4.3.2	Voto do Ministro Luiz Edson Fachin.....	78
4.3.3	Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	84
5	CONCLUSÃO.....	91
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

A questão das drogas é um tema muito controverso no Brasil. O uso de entorpecentes sempre foi presente em toda história da vida humana, para diversos fins específicos. No entanto, a Lei de Drogas ainda é muito recente e incompleta, possuindo diversas lacunas jurídicas e críticas dos mais renomados juristas.

O recurso extraordinário nº 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, foi interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP, que, por entender constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, manteve a condenação do acusado pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal (BRASIL, 2006).

No recurso extraordinário em tela, que se encontra em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, a Defensoria Pública de São Paulo arguiu o incidente de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que define a posse de entorpecentes para consumo pessoal como crime. O recurso extraordinário advoga a tese de que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que trata da intimidade e da vida privada e, por conseguinte, viola o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

Cumprir destacar que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 prevê como sanção para a posse para consumo pessoal de entorpecentes, a pena restritiva de direitos, o que gera discussões acerca da possível descriminalização “formal” do porte de droga para o uso próprio, já que ocorreu a retirada da pena de detenção, prevista anteriormente na Lei 6.368/76, de modo que não existe mais uma sanção privativa de liberdade para a referida conduta (BRASIL, 1976).

Portanto, a presente pesquisa tem como objetivo principal estudar a inconstitucionalidade da intervenção penal no porte de drogas para o consumo pessoal, uma vez que o bem jurídico de terceiro não é efetivamente lesionado e não é posto em risco, no momento da posse de entorpecentes para uso próprio.

Em síntese, o porte de drogas para consumo pessoal caracteriza-se, no limite, como conduta autolesiva, na qual reflete exclusivamente na saúde individual do próprio agente, razão pela qual não é legítima, do ponto de vista constitucional, a sua incriminação.

A análise feita no presente trabalho é dogmática jurídico-penal. O método utilizado para se chegar a uma conclusão sobre a matéria, foi o método hipotético-dedutivo. Para a construção do trabalho, foi feita pesquisa e análise de documentos, livros referenciais, relatórios produzidos por instituições governamentais e não governamentais, julgados dos tribunais e normas nacionais e estrangeiras relacionadas ao tema, de modo a trazer na pesquisa um estudo comparado sobre a problemática em questão. A pesquisa destacou, outrossim, o exame analítico dos votos já apresentados pelos Ministros do STF no RE 635.659/SP.

A estrutura deste trabalho foi dividida em três capítulos. Inicialmente, no segundo capítulo, foi abordada a Lei de Drogas no Brasil e a sua aplicação, a origem, o conceito científico e a classificação jurídica da palavra droga, noções gerais sobre a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a análise da posse de drogas para o consumo pessoal.

No terceiro capítulo, disserta-se sobre o controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, o conceito de controle de constitucionalidade e seus pressupostos, modelos e o controle de constitucionalidade das normas penais, sendo analisada a criminalização inconstitucional (inconstitucionalidade por ação incriminadora), omissão inconstitucional (inconstitucionalidade por omissão de medida incriminadora) e a interpretação da lei conforme a Constituição para reduzir âmbito de incriminação e expandir direitos fundamentais.

No quarto capítulo, que é o capítulo central deste trabalho, foi analisada a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal, abordando-se, em sequência, os princípios constitucionais violados pela criminalização da conduta em questão, como a intimidade e vida privada, lesividade e proporcionalidade.

Por fim, foi analisada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659/SP, examinando a discussão no Supremo Tribunal Federal e os três votos já proferidos pelos Ministros.

2 A LEI DE DROGAS NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO

Feita a introdução da presente pesquisa, é necessário fazer uma análise acerca de como foi estabelecida a lei de drogas no Brasil e como é feita a sua aplicação.

Para isto, primeiramente, é imprescindível conceituar a palavra droga, bem como determinar a sua origem e classificação jurídica.

Ademais, a legislação brasileira que atualmente trata da questão das drogas é a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que será estudada no presente capítulo, assim como o bem jurídico tutelado pelo diploma legal em referência e a sua posição diante da posse de drogas para o consumo pessoal (BRASIL, 2006).

2.1 A ORIGEM, O CONCEITO CIENTÍFICO E A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA PALAVRA DROGA

A origem da palavra droga ainda é controversa, tendo em vista que cada país possui uma história diferente acerca do surgimento desse termo.

A droga era uma das principais riquezas buscadas no Oriente e na América durante a época das grandes navegações dos séculos XVI e XVII. As drogas eram consideradas especiarias, como exemplo da pimenta, canela, noz-moscada, pau-brasil, açúcar e o tabaco (TAUNAY, 1953, p. 71).

A palavra droga possui origem etimológica derivada do latim “*drogia*” e do holandês “*droog*”. O termo holandês é o mais utilizado pela doutrina e reconhecido como o mais adequado, tendo em vista que era utilizado desde o século XVI, e significava “produtos secos”, referentes às substâncias naturais utilizadas na alimentação e na medicina (VARGAS, 2008, p. 42).

De acordo com Affonso de Taunay (1953, p. 71), nos dois primeiros séculos da colonização, durante todo o período mercantil brasileiro, a compra da moeda espanhola e portuguesa era feita através das drogas que as terras brasileiras possuíam. O que se diferencia do México e do Peru, que se utilizavam dos metais preciosos para a compra das respectivas moedas.

O conceito sobre droga da OMS (1993) destaca que “droga é toda substância natural ou sintética que introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções”. Droga é toda substância que não é produzida pelo próprio corpo

humano, somente podendo ser inserida, possuindo capacidade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, provocando alterações no seu funcionamento normal.

O termo droga abrange diversas concepções, sendo referido às substâncias que são capazes de resultar em dependência, ou, até mesmo, a remédios ou medicamentos, de função terapêutica. Em um contexto legal, a palavra droga refere-se às substâncias psicoativas e, diretamente, às drogas ilícitas ou àquelas cujo uso é regulado por lei.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, em seu art. 1º, parágrafo único, estabelece que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006).

Pode-se afirmar, assim, que a atual Lei de Drogas adotou técnica similar da legislação antecedente, para conceituar o termo drogas. A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, em seu art. 36, estabelecia que são “substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificados em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde” (BRASIL, 1976).

É perceptível que, em ambas as leis, o legislador estabelece um conceito bastante subjetivo, uma vez que, mesmo que tenha substituído as expressões “entorpecente” por “droga”, as substâncias proibidas devem ser especificadas por lei ou em ato infralegal pelo Poder Executivo (PRADO, 2013, p. 33).

Sendo assim, nenhuma das duas leis supracitadas, traz em sua redação, a relação das “drogas” ou “entorpecentes”, atribuindo toda a autonomia de regulação à esfera administrativa. Pode-se concluir, desse modo, que qualquer substância ou produto que cause dependência, pode ser considerado droga, seja ele lícito ou ilícito (PRADO, 2013, p. 34).

Ante o exposto, a atual Lei de Drogas no Brasil pode ser considerada uma lei penal em branco, tendo em vista que necessita de um complemento normativo, sem o qual não é possível a determinação da sua dimensão, de modo que, sem este complemento, se torna inviável a aplicação da norma penal (DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto, 2007, p. 27).

A Portaria da extinta Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS-MS), de nº 344, de 12 de maio de 1998, por meio de sua lista F, relaciona as substâncias de uso proscrito no Brasil. Atualmente, a SVS-MS não

existe mais, sendo substituída pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que é responsável pela atualização periódica da Portaria de nº 344/98 (BRASIL,1998).

Portanto, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que é uma autarquia federal instituída como agência reguladora, passou a ser a entidade administrativa competente para determina as drogas consideradas como ilícitas no Brasil, por meio de listas, que podem ser atualizadas a qualquer momento, sem a necessidade de uma lei que autorize a mudança.

2.2 LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

A legislação de drogas no Brasil passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Pode-se afirmar que a legislação pioneira aplicável no Brasil, em relação ao tema das drogas, foram as Ordenações Filipinas em 1603, em seu livro V (GRECO, 2007, p. 1).

O Código Criminal do Império, de 1830, não tratou do tema especificamente, porém, o regulamento, de 29 de setembro de 1851, abordou os tóxicos, ao tratar sobre a política sanitária e sobre a venda de medicamentos e produtos medicinais (GRECO, 2007, p. 1).

O Código Penal Republicano, de 1890, tratava sobre as drogas no artigo 159, do Capítulo III, “Dos Crimes Contra a Saúde Pública”, que era inserido no título III “Dos Crimes Contra a Tranquilidade Pública” (BRASIL, 1890).

No Código Criminal de 1890, era proibido, de forma expressa, a venda e o consumo das substâncias que eram consideradas entorpecentes e sem a devida autorização (BRASIL, 1890).

A proibição, de forma expressa, sobre as substâncias que eram consideradas drogas ilícitas, já caracterizava, desde 1890, uma lei penal em branco, tendo em vista que dependia de complemento, que era feito a partir dos regulamentos sanitários vinculados ao poder executivo (CARVALHO, 1996).

Desde o século XX, no Brasil, o consumo de entorpecentes era elevado. O primeiro passo da política proibicionista foi dado nessa época, tendo em vista o surgimento de convenções internacionais que influenciavam os outros países a produzirem regimentos internos relacionados a venda e ao uso de drogas (CARVALHO, 2016).

O Brasil, como adepto das convenções internacionais, desde a Convenção de 1961, Convenção de 1971 e Convenção de 1988, criou, em 1932 a Consolidação das Leis Penais, que modificou o artigo 159, *caput*, do diploma antecedente, adicionando inéditos núcleos incriminadores, acrescentando a pena privativa de liberdade, assim como modificou o termo “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes” (BRASIL, 1932).

Importante ressaltar que o Código de 1932 foi alterado pelos Decretos de nº 24.505 de 1934, nº 780 de 1936 e nº 891 de 1938, ambos com o intuito de repressão e diminuição sobre a venda e o uso de entorpecentes (BRASIL, 1932).

Na vigência da Constituição Federal de 1937, ocorreu a edição de um novo Código Penal, de 1940, que tratava sobre as drogas em seu artigo 281(BRASIL, 1940). Tal artigo foi alterado pela Lei nº 4.451/64, com o intuito de adicionar a conduta de plantio da substância (BRASIL, 1964).

O artigo 281, do Código Penal de 1940, ainda foi modificado pelo Decreto nº 385/68, que alterou o *caput* e inseriu o novo parágrafo III, que, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, criminalizou a posse de entorpecentes para uso próprio (BRASIL, 1968).

A *posteriori*, a Lei nº 5.726/71 alterou o artigo supracitado, maximizando o seu texto, com o objetivo de aumentar a batalha contra as drogas, sob uma influência internacional, tendo em vista o momento, que tinha como intuito a conscientização da população por meio de programas educativos, sobre a real importância do combate de repressão (BRASIL, 1971).

A Convenção de 1971 foi o segundo ato internacional referente às drogas, sendo aprovada no Brasil via Decreto Legislativo de nº 90, de 05 de dezembro de 1972 (BRASIL, 1971).

O diploma de 1971 foi de suma importância para a legislação de entorpecentes no Brasil, tendo em vista que este de fato deu o primeiro passo para uma legislação especial sobre drogas, fora do Código Penal (BRASIL, 1971).

A Lei nº 5.726 de 1971, foi revogada pela Lei nº 6.368 de 1976, com a exceção do artigo 22, que permaneceu estabelecendo que o estrangeiro que comete crime de tráfico de drogas deve ser submetido ao procedimento de expulsão do território nacional (BRASIL, 1971).

Com a intenção de reformular o tema das drogas, o legislador elaborou a Lei nº 10.409 de 2002, após algumas décadas de vigência da Lei nº 6.368/76. Porém, o

objetivo final do legislador não foi atingido, tendo em vista à péssima qualidade do texto de lei (GRECO, 2011, p. 94).

O Poder Executivo vetou todo o Capítulo III, “Dos crimes e das Penas” da Lei nº 10.409/02, pois a redação possuía diversos equívocos, como exemplo, o termo “mandato”, quando deveria ser “mandado”, no seu art. 38 (GRECO, 2011, p. 94).

Sendo assim, o tema das drogas ficou sob a vigência de duas normas no mesmo período. A lei nº 6.368/76 versava sobre a descrição dos tipos penais, já a Lei nº 10.409/02 rezava sobre as normas processuais e procedimentos aplicáveis (GRECO, 2011, p. 94).

O Poder Legislativo entendeu que era necessário a criação de uma nova lei, já que a lei anterior possuía diversos erros e que não existe a necessidade de duas leis versarem sobre o mesmo tema.

Portanto, em 2006, foi publicada a Lei nº 11.343, que é a vigente no Brasil atualmente, regulamentando a matéria relacionada às drogas. A Lei nº 11.343 é considerada a Lei de Drogas e revogou por completo a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 10.409/02 (BRASIL, 2006).

2.2.1 Noções gerais sobre a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 é a Lei de Drogas atualmente vigente no Brasil.

O projeto de lei que originou a Lei 11.343/06, foi proveniente do Senado Federal, a partir do PLS 115/2002, e teve sua formulação iniciada pela Subcomissão de Crime Organizado, Narcotráfico e Lavagem de dinheiro, em maio de 2002 (BRASIL, 2006).

Ao final da tramitação no Senado, em 07 de maio de 2002, a proposta seguiu para a revisão da Câmara dos Deputados. Importante frisar que, na Câmara, a proposta chegou a receber o número 7.134/2002 (BRASIL, 2002).

Após a revisão feita pela Câmara, foram propostas algumas mudanças, tanto em seu conteúdo, como na sua forma, sendo remetido ao Senado Federal novamente, em 17 de fevereiro de 2004. O Senador Romeu Tuma foi o responsável pela reelaboração do projeto de lei. (BRASIL, 2002).

Em julho de 2006, o projeto de lei foi direcionado à Casa Civil, e no início de agosto de 2006, ocorreu as alterações finalísticas, sendo aprovada a sua redação

final e dirigida para Presidência da República, para que a lei fosse sancionada. Assim sendo, no dia 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.343 foi sancionada pelo então presidente Luís Inácio Lula da Silva (BRASIL, 2006).

A vigência da atual Lei de Drogas ocorreu em 08 de outubro de 2006, com modificações consideráveis dentre as leis que a antecederam, como exemplo da substituição entre o termo “substâncias entorpecentes” pelo termo “drogas”, o que, conseqüentemente, ampliou o conceito genérico do que é considerado droga e maximizou o seu alcance (BRASIL, 2006).

Ora, a lei considera como drogas, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, gerando alto grau de subjetividade, uma vez que, mesmo que exista uma lista atualizada periodicamente pela Anvisa, qualquer produto que cause dependência pode ser considerado como droga.

A Lei 11.343/2006 também trouxe novidades no tocante a diferenciação entre as figuras do usuário de drogas e do traficante de drogas, que passaram a ser tratados de maneira distinta, até mesmo ocupando capítulos diferentes da lei (BRASIL, 2006).

Em relação a estrutura da referida lei, se deu da seguinte forma: Título I - Disposição Preliminares; Título II – Do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas; Título III – Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Título IV – Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas; Título V – Da Cooperação Internacional e no Título VI – Disposições Finais e Transitórias (BRASIL, 2006).

Com o advento da nova Lei de Drogas, ocorreu a pretensão de se introduzir no Brasil uma consistente política preventiva ao uso de entorpecentes, de reinserção social do usuário e de assistência (GOMES, 2007, p. 7).

Em primeiro lugar, foi eliminada a pena de prisão ao usuário de drogas, aplicando exclusivamente penas alternativas, em relação a quem tem a posse da droga para o consumo pessoal. Em segundo lugar, a punição em relação ao traficante ou financiador do tráfico ficou mais rigorosa, sendo apenados com prisão (GOMES, 2007, p. 7).

A diferença entre o financiador do tráfico e do traficante se dá pelo fato de que o financiador do tráfico é o agente que não participa diretamente da execução da traficância, se limitando somente ao fornecimento de recursos necessários para subsidiar o tráfico de drogas (GOMES, 2007, p. 8).

A lei 11.343/2006 também trouxe uma dimensão de sobre como é realizado o rito procedimental e em relação ao que ocorre com os bens e vantagens que são obtidas através do tráfico de drogas, sendo esses apreendidos, arrecadados e, até mesmo, leiloados (GOMES, 2007, p. 8).

No art. 3º da lei em questão, é instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, que é regulamentado pelo Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006 (BRASIL, 2006)

O art. 3º da Lei de Drogas prevê que:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º O Sisnad atuará em articulação com o Sistema Único de Saúde - SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social – SUAS (BRASIL, 2006).

Percebe-se que o SISNAD dispõe sobre medidas para a prevenção dos usuários e dependentes de drogas, também de repressão relacionada a produção da droga e do seu tráfico ilícito. Abordando formas de reinserção social dos usuários e dos dependentes químicos.

No art. 4º é estabelecido que:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção

do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;
X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;
XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad (BRASIL, 2006).

Esses são os onze princípios que constituem o SISNAD. Todos os objetivos e finalidades do SISNAD, devem ser baseados nestes onze princípios que integram o art. 4º da Lei de Drogas (BRASIL, 2006).

Já no art. 5º da Lei 11.343/2006, é previsto que o SISNAD tem os seguintes objetivos:

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei (BRASIL, 2006).

Ante o exposto, percebe-se que a Lei 11.343/2006 trouxe uma política preventcionista em seu texto.

Para a doutrina, os métodos de prevenção são definidos em três momentos distintos, sendo eles: prevenção primária; prevenção secundária e prevenção terciária (BIANCHINI, 2013, p. 59).

A prevenção primária, tem por objetivo dificultar que o agente tenha o seu contato inicial com o entorpecente, percebendo-se tal fato quando a lei estipula as consequências do uso de drogas, visando a desincentivar o seu uso (BIANCHINI, 2013, p. 59).

A prevenção secundária tem como finalidade que o usuário de entorpecentes não se torne um dependente químico, como exemplo das pessoas que utilizam a droga de forma esporádica, não venham a usá-las de maneira mais frequente, podendo se tornar um dependente (BIANCHINI, 2013, p. 59).

E a prevenção terciária, que por sua vez, é quando a lei prevê o desenvolvimento de ações que são direcionadas a reinserção social e tratamento do

dependente químico, sendo a considerada *última ratio* entre as prevenções, quando o indivíduo já é um viciado em entorpecente e precisa de um tratamento químico adequado e, posteriormente, a sua retomada de vida social (BIANCHINI, 2013, p. 59).

É perceptível que a Lei de Drogas trata o usuário e o traficante de maneira distinta, sendo o tratamento utilizado com o usuário, a partir de uma tese médica, como se o usuário fosse um doente. Já o traficante, sendo tratado a partir de um viés jurídico-político, no qual a repressão se demonstra superior a prevenção da conduta.

Em relação ao usuário de entorpecentes, dispõe em seu art. 2º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, que:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas (BRASIL, 2006).

Pode-se notar que existe um cuidado da lei em dar uma atenção exclusiva ao plantio, colheita e cultura das drogas, que são utilizadas unicamente para fins medicinais ou científicos (BRASIL, 2006).

O cultivo de drogas para interesses medicinais ou científicos não ocorre somente para tratamento de doenças, como exemplo da epilepsia, também acontece para os casos de tratamento voltados aos dependentes químicos, no qual se prescreve uma substância menos prejudicial à saúde, com objetivo de trocar uma droga mais lesiva, para uma menos lesiva, visando, assim, erradicar o vício (BIANCHINI, 2013, p. 36).

Observa-se que são inúmeras as políticas prevencionistas relacionadas aos usuários de drogas.

Em relação ao tráfico de drogas, percebe-se um tratamento oposto. Nos artigos 31 e 32 da Lei de Drogas, são expressas as medidas repressivas advindas do legislador (BRASIL, 2006).

Cumpre trazer à colação o teor de ambos os artigos:

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova (BRASIL, 2006).

Portanto, é nítido que a atual Lei de Drogas traz consigo maiores repressões do que as leis anteriores. A Lei 6.368/1976 trazia vedação expressa no tocante à comercialização de entorpecentes, porém, a atual Lei 11.343/2006 prevê inéditas tipificações penais, aumento de penas e restrição de direitos (BIANCHINI, 2013, p. 30).

É necessário trazer ao presente estudo, o teor do art. 33 da Lei de Drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - 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.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

Percebe-se que os tipos penais que eram estabelecidos na Lei anterior foram mantidos, porém, com um aumento da pena.

No art. 33 da Lei de Drogas, ocorreu a tipificação do tráfico privilegiado, em seu parágrafo 4º, algo que não era previsto nas leis anteriores (BRASIL, 2006).

2.2.2 Posse de drogas para o consumo pessoal

Na elaboração da Lei de Drogas, é nítido que o legislador se atentou em distinguir o usuário de drogas ilícitas do traficante de drogas ilícitas, prevendo um tratamento diverso para ambos, em capítulos distintos.

O art. 28 da *lex* em comento estabelece que o usuário de drogas ilícitas deve ser compreendido como todo indivíduo que pratica qualquer das condutas previstas na redação da lei, com o fim específico para o uso próprio (BRASIL, 2006).

Imprescindível trazer para o presente estudo o inteiro teor do art. 28 da Lei nº 11.343/2006:

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:

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 (BRASIL, 2006).

A retirada em caráter definitivo da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, ensejou uma discussão sobre a descriminalização do porte para

consumo pessoal, levantando a hipótese de que ocorreu o surgimento de uma terceira espécie de infração penal, que iria além das contravenções e dos crimes, tendo em vista o critério estabelecido para distinção das duas espécies, que é o tipo de pena de prisão aplicável (PRADO, 2013, p. 46).

Para Luiz Flávio Gomes (2013), o art. 28 da Lei 11.343/2006, aboliu o caráter “criminoso” do porte de entorpecentes para uso próprio. O autor sustenta que a conduta de possuir drogas para consumo pessoal, deixou de ser considerada legalmente “crime”, mesmo que ainda continue sendo um ilícito *sui generis*, que seria um ato contrário ao direito (GOMES, 2013, p. 111).

O que aconteceu, então, foi a descriminalização “formal”, mas não a descriminalização substancial ou legalização da droga (GOMES, 2013, p. 112).

Luiz Flávio Gomes (2013, p. 112) sustenta que o principal argumento para defender que ocorreu a descriminalização formal da posse de drogas para uso próprio, reside na Lei de Introdução do Código Penal, que, em seu art. 1º, prevê que:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941).

Tendo em vista a definição supracitada sobre crime, não resta dúvida de que a posse de droga para uso próprio deixou de ser “crime” em seu aspecto formal, na medida que crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada, cumulativa ou alternativamente com multa) e as sanções estabelecidas para a conduta em questão são de advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos, não prevendo qualquer tipo de pena privativa de liberdade (GOMES, 2013, p. 112).

Ante ao exposto, conclui o autor que a posse de drogas para consumo pessoal não é “crime”, não é “contravenção” e não é um “ilícito administrativo”, caracterizando, apenas, como um ilícito *sui generis* (GOMES, 2013, p. 112-113).

No entanto, existem crimes eleitorais, como exemplo do art. 292 da Lei nº 4.737/1965, que preveem somente a pena de multa, e nunca foram taxados como infrações penais *sui generis*, assim como nunca foram tratados de forma distinta de “crimes” (PRADO, 2013, p. 46-47).

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 329), Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues (2007, p. 40), sustentam que a Constituição Federal de 1988, em

seu art. 5º, XLVI, estabelece as possíveis consequências penais para os crimes, sendo a pena de prisão determinada como uma delas, ou seja, nada impede que um crime não possua a pena privativa de liberdade como sanção, tendo em vista que o rol não é taxativo, e sim alternativo (BRASIL, 1988).

Em verdade, o entendimento doutrinário majoritário é de que a conduta de portar drogas para o consumo pessoal sempre continuou possuindo caráter criminoso. O que ocorreu, na hipótese, foi uma mera despenalização da conduta, atenuando as suas sanções penais, estabelecendo penas alternativas para o agente que pratica o delito (JESUS, 2010, p. 39).

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 430105, tendo como relator o ministro Sepúlveda Pertence, chegou a deliberar sobre o tema em debate, por decisão unânime, fixando entendimento que houve a “despenalização” da conduta da posse de drogas para o consumo pessoal, ensejada pela exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Portanto, foi defendido o caráter despenalizador do artigo 28 da Lei de Drogas e que a referida lei não implicou o *abolitio criminis* (STF, 2007, *on-line*).

Defende-se que, com a despenalização da conduta da posse de entorpecentes para uso próprio, ocorreu, de forma lógica, a sua descarcerização, ou seja, não se prevê mais uma pena carcerária nas sanções estabelecidas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 (CARVALHO, 1996, p. 194).

Para Daniel Nicory do Prado (2013, p. 48), a descarcerização da conduta de posse de estupefacientes para consumo pessoal caracteriza uma alteração no foco da política criminal, com o devido reconhecimento de que a utilização de drogas é um problema meramente de saúde e não uma questão judicial ou policial.

No entanto, uma das principais novidades trazida pela Lei 11.343/2006, foi a previsão no parágrafo 1º do art. 28, do autocultivo de plantas, para a colheita de pequena quantidade de entorpecentes para consumo pessoal, como figura equiparada ao porte para uso próprio (PRADO, 2013, p. 47).

Sendo assim, a equiparação entre a conduta de portar drogas para uso próprio e a conduta do autocultivo, é nada menos que o reconhecimento desse ato como redutor de danos, tendo em vista que distancia o usuário da substância do ambiente criminoso do tráfico de drogas e do risco social que o circunda (PRADO, 2013, p. 48).

Antes da Lei atual de Drogas, existia uma dúvida doutrinária em relação a como deveria ser enquadrado o cultivo de plantas para consumo pessoal, e as opiniões eram divergentes em relação a sanção aplicada para o autocultivo, variando da punição por tráfico de drogas, posse para uso, até atingir a atipicidade (NUCCI, 2009, p. 337).

Fernando Capez (2013, p. 689) e Damásio de Jesus (2009, p. 60), afirmam que o autocultivo era uma conduta considerada atípica, antes da vigência da atual Lei nº 11.343/2006, pois não poderia ser equiparado ao tráfico, nem equiparado a posse de drogas para consumo pessoal. Sendo assim, o parágrafo 1º do art. 28 da referida lei teria um caráter de lei penal mais gravosa do que a lei anterior, sendo considerada irretroativa, por ser mais prejudicial ao réu.

Porém, em sentido oposto, Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel (2007, p. 70), entendem que o autocultivo, na vigência da Lei 6.368/76, não era considerado uma conduta atípica, sendo enquadrado no delito de tráfico de drogas e, portanto, a atual Lei de Drogas é mais benéfica ao réu.

Todavia, percebe-se a falta de consenso doutrinário sobre a equiparação do autocultivo com o porte de drogas para consumo pessoal. Sendo assim, foi pacificado entre os defensores que se tratou de uma mudança progressista na política de drogas, tendo em vista que sanou a dúvida que se tinha relacionada a conduta e atenuou o risco de situações de injustiças na aplicação prática da Lei de Drogas (PRADO, 2013, p. 48).

Observa-se que as práticas dos atos tipificados no *caput* e parágrafo 1º da lei supracitada, não geram um prognóstico adequado de que o agente seja usuário de drogas ilícitas, tendo em vista que cabe à autoridade policial e ao Ministério Público, na forma inicial da persecução penal, atribuir um juízo meramente valorativo relacionado a conduta criminosa praticada pelo sujeito (BRASIL, 2006).

Percebe-se que o texto de lei empregado, transmite uma visibilidade de completude e de segurança, porém, em quesito de praticidade, demonstra grande quantidade de critérios distintivos mais ou menos abertos, que fornecem, de forma imensurável, poder de discricionariedade ao juiz (BIZZOTTO, 2017, p. 43).

Sendo assim, o dispositivo é muito questionável e criticável, tendo em vista que foi o responsável pelo superlotamento carcerário que ocorreu logo após a vigência da Lei 11.343/2006. Portanto, pelo fato de que o crime de porte de drogas para o consumo pessoal não prevê expressamente a pena privativa de liberdade,

pode-se afirmar que isso acarreta o enquadramento irregular dos usuários de drogas no tipo penal de tráfico de entorpecentes, já que não existe necessidade em se comprovar o destino comercial da substância e dos critérios muito subjetivos que são utilizados como provas da finalidade do consumo pessoal (PRADO, 2013, p. 56).

Entende a doutrina que uma lei sem determinação ou imprecisa, que detém carga subjetiva ampla, faz com que o cidadão seja exposto a arbitrariedade da norma, pois não resulta uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Portanto, viola o princípio da divisão de poderes, pois permite ao juiz aplicar a compreensão que bem entender do caso, invadindo, dessa forma, a esfera legislativa (ROXIN, 2006, p. 22-24).

Ora, o juízo de valor é passível de muitos equívocos, haja vista a subjetividade presente em cada situação específica. Restando à autoridade policial, ao promotor e ao juiz, a distinção entre a eventual posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, para a do crime de tráfico de entorpecentes.

Tendo em vista os elementos objetivos do tipo penal, ou seja, as características que possibilitam determinar de forma empírica a conduta para que venha a se estabelecer o juízo prévio de criminalização, existe uma grande similaridade, quando não plena correspondência (CARVALHO, 2010, p. 202).

Percebe-se fenômeno igual diante das figuras análogas ao porte de drogas e ao tráfico, já que todos os cernes do art. 28, semear; cultivar ou colher plantas, são encontrados no art. 33, sendo assim, ocorre entre as duas situações um único parâmetro distintivo: a destinação da droga (PRADO, 2013, p. 55).

No crime de posse de entorpecentes e as figuras que se assemelha, a destinação da droga é o consumo próprio, já no tráfico a finalidade da conduta não é prevista em lei. Existe, somente, a finalidade de uso coletivo, prevista no art. 33, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 (PRADO, 2013, p. 55).

Existe uma necessidade para classificar a conduta e enquadrá-la no art. 28 ou no art. 33 da Lei de Drogas. Este fato ocorre desde o flagrante ou atuação policial (GRECO, 2007, p. 48).

Como o art. 28 da referida lei não prevê mais em seu teor a pena privativa de liberdade, não se admite o flagrante, o que se diferencia do art. 33, já que para tal, a pena privativa de liberdade é prevista, admitindo-se o flagrante (GRECO, 2007, p. 48).

Em suma, é de responsabilidade da autoridade que decidir por enquadrar o agente no art. 28, explicar a decisão de acordo com a classificação legítima do fato. Dando prosseguimento a denúncia, é possível que o Ministério Público possa avaliar de forma distinta, enquadrando o sujeito no art. 33, estabelecendo ainda a prisão preventiva do agente (GRECO, 2007, p. 48).

Contudo, a imputação do crime estabelecida pelo Ministério Público, também não é considerada definitiva, tendo em vista que o juiz detém o poder de definição final sobre o caso concreto, podendo modificar novamente a classificação do delito, aplicando os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, para a readequação da acusação aos fatos probatórios apresentados durante todo o processo (GRECO, 2008, p. 47).

Pode-se compreender que é de competência do julgador, buscar as informações sobre a quantidade de substância máxima diária que é tolerada pelo organismo do indivíduo, para que se resulte em um numerário estabelecido como razoável para o consumo próprio (LINS, 2009, p. 250).

O sistema da quantificação judicial é adotado pelo Brasil, mesmo com críticas doutrinárias, restando ao magistrado a obrigação de definir o destino da droga ilícita, se é para o tráfico ou para o uso pessoal, se baseando nos critérios que deveriam ser objetivos, mas que, em verdade, são subjetivos, estabelecidos pela norma.

Sendo estes critérios, a quantidade da substância apreendida, o local da apreensão, as condições em que a ação foi desenvolvida, as circunstâncias sociais e pessoais do sujeito, a conduta e os antecedentes, conforme o art. 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas. Ressalva-se que tais critérios devem ser analisados conjuntamente, jamais de forma separada (BRASIL, 2006).

Importante ressaltar que, além do sistema da quantificação judicial que é adotado pelo Brasil, há o sistema da quantificação legal, para definir se o agente que é encontrado sob a posse das drogas é usuário ou traficante (GAZOLLA, 2008, p. 38).

O sistema de quantificação judicial, utilizado no país atualmente, confere ao magistrado ou à autoridade policial e ao Ministério Público, definirem em conformidade com o caso concreto. Já o sistema de quantificação legal, é fixada uma quantidade considerada para o consumo pessoal diário, caso seja ultrapassada essa quantia, incidirá o sujeito no crime de tráfico (GAZZOLA, 2008, p. 38).

Como a exemplo da quantificação legal, cabe citar a Lei de Portugal, nº 30/2000, publicada em 29 de novembro, que estabelece em seu artigo 2º, inciso 2, que a quantidade necessária para o sujeito ser considerado usuário de drogas é de no máximo 25 gramas de maconha, equivalente a um período de 10 dias, que define o consumo médio do agente (PORTUGAL, 2000).

Já no Brasil, se evidencia um método bastante subjetivo para definir se o agente é traficante ou usuário de drogas, tendo em vista a análise de diversas circunstâncias, gerando, assim, profunda insegurança jurídica.

Como exemplo, o local e as condições em que ocorreram a ação, em regra, são locais considerados como zonas típicas de tráfico, como as bocas de fumo, ou local semelhante, devendo-se lembrar que os usuários se deslocam a esses locais para a realização da compra do entorpecente, de modo que podem ser taxados como traficantes caso sejam flagrados em locais destinados ao tráfico.

Tratando-se dos antecedentes do sujeito como parâmetro a ser avaliado pelo magistrado, pode-se dizer que o uso dos antecedentes criminais para se classificar, no caso concreto, a conduta típica que o indivíduo realizou, resulta em um retorno ao direito penal do autor, já que o julgador não examina o fato criminoso de forma objetiva, analisando, assim, de forma subjetiva, o que caracteriza uma possível presunção de culpabilidade, que violaria o princípio da presunção da não culpabilidade, que é previsto constitucionalmente (ARRUDA, 2007, p. 32).

As circunstâncias sociais e pessoais se referem às condições econômicas do sujeito, resultando em uma distinção entre o usuário pobre e o usuário rico, mesmo sendo autuados com a mesma quantidade de droga. Obviamente, se espera que não seja feito nenhum juízo de valor relacionado às condições econômicas do indivíduo, o que não ocorre na prática atual (NUCCI, 2007, p. 308).

Como a exemplo ilustrativo, se um rico está em posse de cinco cigarros de maconha, seria considerado um usuário, tendo em vista que tem poder aquisitivo para adquirir a substância. Porém, uma pessoa pobre, caso seja detida com os mesmos cinco cigarros de maconha, certamente seria considerado traficante (NUCCI, 2007, p. 308).

Nesse cenário, o desemprego, a pobreza, a escassez de uma profissão, ou até mesmo de escolaridade, são fatores determinantes que se associam as hipóteses de traficância, de modo que seria considerada uma “prova” do tráfico o fato de o agente ser desempregado ou possuir um subemprego. Assim, estando em

qualquer uma dessas duas situações, se presume que o sujeito não teria recursos financeiros para adquirir a droga para o consumo pessoal (KARAM, 1993, p. 58).

A classe econômica e social de um cidadão não pode ser causa para imputação de um controle penal, também não pode ser fundamentação argumentativa para caracterizar o indivíduo como criminoso, sob pena de violação da própria política preventiva expressa na Lei de Drogas que prevê a proteção aos vulneráveis, em seu art. 18, ao determinar como atividade de prevenção do consumo indevido de entorpecentes, aquelas que tenham como objetivo a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, com o interesse da promoção e fortalecimento dos fatores de proteção (LINS, 2009, p. 252).

O sistema penal rotula certos indivíduos a criminalização, por meio de um procedimento de seletividade e condicionamento criminal, através de estereótipos que são estabelecidos pelo legislador. Resultando, assim, dessa seleção feita pelo direito penal, a incidência na elaboração e na aplicação da lei penal, fazendo com que o poder estatal seja atribuído somente àqueles já pré-selecionados, porém, os demais, mesmo que pratiquem a conduta tipificada, serão de alguma forma excluídos da aplicação da norma (ZAFFARONI, 1998, p. 246).

Pode-se citar, como exemplo, os julgamentos de casos que envolvem sujeitos de classe média ou classe média alta, que fazem com que o magistrado experimente uma preocupação maior no momento de aplicação de pena, fato que não ocorre quando se trata de pessoas de classe inferior, já que a pena não compromete o seu *status* social, que já é diminuído, resultando numa aplicação de pena sem a mínima aflição (KARAM, 1993, p. 60).

Dados empíricos têm constatado diferenças entre as atitudes valorativas e emotivas dos magistrados, em relação aos agentes de diversificadas classes sociais. Portanto, pode-se perceber que os julgadores, de forma não consciente, passam a estabelecer decisões distintas conforme a condição social do réu. (BARATTA, 2002, p. 178).

Sendo assim, resta claro que diversas garantias individuais do cidadão são violadas, por consequência do poder punitivo estatal, pois dar-se-á lugar a insegurança jurídica, a incerteza quanto a restrição do seu direito, a liberdade, na medida em que o indivíduo estará submetido a decisões judiciais subjetivas e arbitrárias, proferidas segundo valores, sentimentos e preconceitos próprios de cada órgão julgador.

Conclui-se que é muito comum que o usuário seja incorretamente classificado como traficante, pois não consegue, na prática, provar que é usuário, tendo em vista que não possui a capacidade de defesa técnica. Além disso, existe a previsão legal de que se deve considerar as circunstâncias de natureza pessoal, econômica e social do sujeito, como, exemplo, a cor, religião e raça, corroborando com essa insegurança jurídica.

Portanto, pode-se afirmar que os usuários das classes menos favorecidas socialmente são os principais alvos do sistema penal punitivo, sendo rotulados como criminosos pelo simples exercício de sua autonomia privada de vontade. Já as classes privilegiadas, estão longe de serem atingidas pelas consequências do descumprimento da lei penal de drogas.

2.3 BEM JURÍDICO TUTELADO NA LEI DE DROGAS

O direito penal destina-se a promover meios para que exista uma convivência social equilibrada e pacífica, uma vez que é inserido em um Estado Democrático de Direito. A proteção dos bens jurídicos fundamentais ao meio social é feita pelo direito penal.

Para Claus Roxin (2006, p. 18-19), os bens jurídicos podem ser definidos como circunstâncias reais explícitas ou finalidades necessárias para uma vida com segurança e liberdade, que tenha como objetivo principal garantir a todos os direitos humanos, previstos pela Constituição Federal de 1988.

Os bens jurídicos são bens que merecem a proteção jurídica máxima, tendo em vista a sua importante significação social, uma vez que a soma de todos os bens jurídicos protegidos constitui a própria ordem social (BITTENCOURT, 2010, p. 38).

Para Rafael Braude Canterji (2008, p. 75), *a priori*, a missão do Direito Penal é a tutela do bem jurídico. Pode-se afirmar que bem jurídico é todo estado social que o direito deseja proteger de devidas lesões.

Sendo assim, toda lei penal é criada com o intuito de defender algum bem jurídico, tendo em vista que a intervenção penal só terá sentido quando for realizada para reprimir uma conduta que lesione efetivamente o convívio social.

Ocorre que existem normas que não deixam claro qual é o bem jurídico tutelado, gerando dúvidas doutrinárias acerca de qual bem jurídico é protegido pela

referida lei, como exemplo da Lei de Drogas. Porém, o entendimento majoritário da doutrina é o de que o bem jurídico tutelado pela *lex* em comento é a saúde pública.

2.3.1 A saúde pública e a tutela dos bens jurídicos

O Código Penal, em relação à proteção do bem jurídico saúde, faz a distinção entre práticas que violam a saúde individual e coletiva, elencadas, respectivamente, no Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa, e no Título VIII – Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública.

Em relação ao bem jurídico tutelado pelo Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa, existe a lesão ou o risco de lesão, que pode atingir uma ou mais pessoas, que já são determinadas pelo ordenamento jurídico (CASTILHO, 2003, p. 108).

Já para o bem jurídico tutelado pelo Título II – Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública, o perigo concreto ou abstrato deve ser considerado para um número indefinido de pessoas, para que não exista a possibilidade de a lesão ocorrer em uma pessoa somente, ou em um grupo determinado de pessoas. A coletividade e indeterminação são os elementos que distinguem os crimes contra a incolumidade pública, e a saúde pública se faz presente nesse meio (CASTILHO, 2003, p. 108).

A saúde individual pode ser relacionada com o equilíbrio funcional do organismo (MIRABETE, 1991, p. 87), e a saúde pública relacionada com a normalidade física, mental e orgânica de um número indeterminado de pessoas (JESUS, 1996, p. 311).

É no mínimo intrigante que, na aplicação da norma penal, são extremamente raros os casos em que se processa um terceiro por um perigo ou danos à saúde mental, mesmo que isso não defina que tais condutas não sejam praticadas ou sejam pouco praticadas. Ou seja, é bem capaz que a pequena aplicação desses casos seja em consequência de uma desqualificação de valor feita pelos próprios operadores do direito (CASTILHO, 2003, p. 108).

De forma bastante esclarecedora, Nelson Hungria (1959, p. 98 *apud* CASTILHO, 2003, p. 109), esclarece que:

[...] se se tem em conta o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desalteração da sede, os víveres expostos à venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consociados, é manifesto que em tais condições o ar, a água e os víveres tornam-se objeto de um direito social, atinente a

cada um dos consociados, bem como a toda a coletividade. A esse direito chamou de direito à preservação da saúde pública.

Anteriormente a este critério de classificação dos crimes contra a saúde pública, todos os crimes estavam dispersos na lei, seja como subespécie de crimes de falsidade, ora como crimes contra a pessoa ou crimes contra a propriedade, sempre com um caráter individualista, que não atendia o real dano coletivo criado pela conduta (CASTILHO, 2003, p. 109).

No início do século XX, os Códigos começaram a classificar essas espécies de condutas como uma subclasse dos crimes que violam a incolumidade pública, possuindo como característica principal a provocação de uma situação de perigo comum (CASTILHO, 2003, p. 109).

O Código Penal de 1940, definiu os crimes contra a saúde pública, elencando-os nos artigos 267 ao 285. Ocorreram algumas modificações na definição das condutas estabelecidas pelos artigos, em suas sanções jurídicas e classificações (CASTILHO, 2003, p. 109).

A modificação de grande importância foi efetuada com o advento da Lei nº 4.451, de 1964, que adicionou ao art. 281, que abarcava o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, a conduta de plantar. Posteriormente, o art. 281 foi modificado pelo Decreto-Lei nº 385, de 1968 e pela Lei nº 5.726 de 1971, até que o art. 281 veio a ser revogado pela Lei 6.368 de 1976, repetindo o seu conteúdo e maximizando-o com novas figuras penais em legislação especial, continuando a tutelar o bem jurídico da saúde pública (CASTILHO 2003, p. 109).

Depois das alterações feitas, tem-se no Código Penal os seguintes crimes contra a saúde pública:

Epidemia, Infração de medida sanitária preventiva, Omissão de notificação de doença, Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, Corrupção ou poluição de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, Emprego de processo proibido ou de substância não permitida, Invólucro ou recipiente com falsa indicação, Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores (arts. 274 e 275), Substância destinada à falsificação, Outras substâncias nocivas à saúde pública, Medicamento em desacordo com receita médica, Exercício ilegal de medicina, arte dentária ou farmacêutica, Charlatanismo e Curandeirismo (CASTILHO, 2003, p. 110).

Porém, além dos crimes contra a saúde pública elencados no Código Penal, existem os definidos em leis especiais, como são os casos da Lei nº 6.368/76 e da

Lei nº 7.649/88. Importante destacar que o descumprimento das normas previstas nessas leis, configura o delito previsto no art. 268 do CP (CASTILHO, 2003).

Importante frisar que os autores de infrações sanitárias podem ser responsabilizados criminalmente, civilmente e administrativamente. É previsto que as sanções sejam, inclusive, cumulativas, entre as sanções administrativas, com as sanções de natureza penal ou civil. Na esfera cível, existe a possibilidade de o Ministério Público atuar, por meio de ação civil pública, para que os danos morais difusos sejam devidamente ressarcidos (BARBOSA, 2001, p. 237).

Como exemplo do administrador que se omite a praticar ou retarda a prática, de forma incoerente, de um ato de ofício para proteger a saúde pública, incidirá em crime contra a administração pública, podendo ter sanções penais aplicáveis (CASTILHO, 2003, p. 111).

Tais crimes contra a saúde pública podem ser considerados “crimes vagos”, quando o sujeito passivo é a coletividade e o sujeito atua de forma que prejudique um número indeterminado de pessoas (CASTILHO, 2003, p. 111).

Cumprido ressaltar também, que, dentre os crimes contra a saúde pública, existem quatro casos de normas penais em branco, sendo eles: a) infração de medida sanitária preventiva, disposta no art. 268; b) omissão de notificação de doença, no art. 269; c) emprego de processo proibido ou de substância não permitida, conforme o art. 274 e; c) Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, prevista no art. 282 (CASTILHO, 2003, p. 111). Tais crimes são considerados “primos desconhecidos” dos crimes da Lei de Drogas.

Nilo Batista (1990, p. 73-74) leciona que a conduta que é criminalizada não é descrita em sua forma integral, e necessita de um complemento, para sua aplicação. O complemento é previsto em outro dispositivo de lei, podendo ser de lei diversa, na própria lei penal ou em fontes legislativas de hierarquia constitucional inferior, como a de leis municipais ou estaduais, ou atos administrativos, portarias, decretos ou regulamentos.

Para Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2003, p. 112), a constitucionalidade das complementações feitas por dispositivos de hierarquia inferior é discutível, tendo em vista o princípio da reserva absoluta da lei penal, além de abrir uma brecha para que o agente que praticou o delito alegue erro de tipo ou de proibição.

A grande maioria dos crimes contra a saúde pública são considerados crimes de perigo abstrato, tendo como relevância apenas o simples perigo ao bem jurídico,

não existindo espaço para prova ao contrário, bastando que seja realizada a conduta que se adegue a prática descrita na norma (CASTILHO, 2003, p. 113).

Pode-se afirmar que os crimes de perigo abstrato são aqueles que se consumam no momento que criam perigo ao bem jurídico tutelado, ou seja, mesmo que o bem jurídico-penal não seja concretamente violado, a conduta será considerada criminosa, desde que seja comprovado o simples risco disso acontecer, concluindo que a mera criação de risco de dano ao bem jurídico-penal consistirá em crime consumado (SOUZA; JAPIASSÚ, 2020, p. 854).

Como exemplo atual, é possível afirmar que, se uma pessoa infectada com o novo coronavírus descumprir o prazo de quarentena de 14 (quatorze) dias no isolamento, e vá até a residência de um terceiro e dê um espirro em seu rosto, tal conduta se configuraria em crime de infração de medida sanitária preventiva, disposta no art. 268, do CP, em concurso com o crime de perigo de contágio de moléstia grave, prevista no art. 131, do CP (SOUZA; JAPIASSÚ, 2020, p. 909).

Ante ao exposto, é perceptível que os crimes de perigo comum são aqueles que criam uma situação de risco de dano a um indefinido número de pessoas, tendo em vista que a pessoa que foi contaminada por uma só, pode contaminar outras milhares. Por isso, não é preciso que ocorra uma efetiva lesão ao bem jurídico para a sua consumação, pois o resultado ocorre no momento exato que o risco de lesão se concretiza, ainda que o bem jurídico tutelado não seja atingido *a posteriori* da conduta penalmente proibida (SOUZA; JAPIASSÚ, 2020, p. 109).

A partir da análise, pode-se fazer uma relação de todas as condutas expostas no presente tópico, com a posse de drogas para o consumo pessoal, pois, neste âmbito, se discute qual é o bem jurídico violado por essa conduta, por ser uma prática individual, mas que, supostamente, pode atingir uma coletividade.

Portanto, o problema proposto neste trabalho é relacionado a investigar se realmente a criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal é legítima, partindo da teoria do próprio bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas. Pois, caso o uso próprio de entorpecentes não ofenda o bem jurídico da saúde pública, a intervenção penal deve ser considerada ilegítima, abusiva e, conseqüentemente, inconstitucional.

2.3.2 O bem jurídico tutelado na posse para consumo pessoal

A conduta de posse para o consumo pessoal de drogas ilícitas é prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006. O ordenamento jurídico brasileiro, ao criminalizar a posse para o uso privado, possui o objetivo de proteger determinado bem jurídico (BRASIL, 2006).

A expressão “consumo pessoal”, que faz parte da redação estabelecida pelo art. 28 da Lei 11.343.2006, ensejou uma grande discussão na doutrina, relacionada a qual o bem jurídico é efetivamente tutelado por esta norma (BRASIL, 2006).

Com efeito, a doutrina diverge, ora defendendo que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, ora advogando que é a saúde individual do próprio usuário, sem qualquer repercussão social.

Para a primeira posição, é a saúde pública o bem jurídico definitivamente tutelado pela Lei de Drogas, sob o argumento de que os efeitos e danos relacionados ao uso das substâncias ilícitas não se limitam, exclusivamente, ao sujeito que pratica a conduta, pois é possível que coloque em risco a integridade e o convívio social.

Para a segunda, o bem jurídico efetivamente tutelado na posse de drogas ilícitas para o consumo pessoal é a saúde individual de quem consome o entorpecente, sob o argumento de que é uma conduta meramente autolesiva e não possui a extensão de provocar um perigo ou dano a uma coletividade.

Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel (2007, p. 46), entendem que, no porte de entorpecentes destinado ao uso próprio, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, tendo em vista que é incabível a criminalização de uma conduta autolesiva, ou que propicie um determinado risco de autolesão. Por isso, existe uma presunção abstrata de que essa prática ocasione perigo para terceiros.

Dámasio de Jesus (2009, p. 55), sustenta que a norma penal não pune diretamente o uso da substância ilícita, pois se assim fosse, ofenderia o princípio da alteridade, ensejando a inconstitucionalidade do dispositivo. Por isso, o art. 28 da Lei de Drogas, incrimina o ato de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para o consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal (BRASIL, 2006).

Já Maria Lucia Karam (2010, p. 26), entende de forma distinta dos doutrinadores anteriormente citados, lecionando que o porte de drogas exclusivamente para o consumo pessoal do agente, ou até mesmo o seu consumo, em situações que não ensejem perigo ou dano concreto, direto e imediato para

outrem, são condutas que não violam nenhum bem jurídico de terceiros, já que é exclusivamente relacionada ao indivíduo, à sua intimidade e vida privada e às suas escolhas pessoais.

O sistema punitivo adotado em questão é sustentado por dois pontos. A um, ser o delito previsto no art. 28 da referida lei de perigo abstrato e, a dois, ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. A tese de que a conduta da posse para consumo pessoal gera danos a coletividade e de que o objetivo da Lei 11.343/2006 é tutelar interesses coletivos, e não individuais, abre espaço para que a posse da mínima quantidade possível de droga seja objeto de incriminação (KARAM, 2010, p. 368).

Ante ao exposto, é perceptível que os doutrinadores divergem no tocante a qual o bem jurídico tutelado pela norma. De um lado, a doutrina entende que o bem jurídico é a saúde pública e que o crime será considerado um crime de dano, sob fundamento do possível risco oferecido pelo usuário à saúde pública. De outro lado, o possível risco a saúde individual de quem consome a droga, sendo a saúde particular do usuário o bem jurídico tutelado pela norma, considerado como crime de perigo (LIMA, 2010, p. 703).

Para Renato Brasileiro Lima (2010, p. 703), os crimes de dano se dão quando, para a sua efetiva consumação, é necessário que ocorra a real lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, como exemplo dos crimes de homicídio. Já os crimes de perigo, se caracterizam quando existe um possível dano, porém, não é necessário que haja a consumação do delito, como exemplo do crime da posse de drogas para consumo pessoal.

Para Claus Roxin (2008, p. 53), a posse de entorpecentes para uso próprio, pode ser definida como uma possível autolesão, tendo em vista que o delito se refere ao porte da substância para consumo e o porte, por si só, não acarreta uma autolesão.

João Paulo Orsini Martinelli (2009, p. 18), entende que um dos fundamentos para que a posse de drogas destinada ao uso pessoal do indivíduo seja criminalizada, é de que o usuário, em momento posterior a utilização da substância, poderá violar a esfera jurídica de terceiro. Porém, o autor defende que não necessariamente o indivíduo sob efeitos da droga irá lesionar a coletividade, pois o dano está relacionado exclusivamente a quem utiliza e não a outrem.

Em uma análise sucinta da Lei de Drogas, é possível concluir que o bem jurídico tutelado com a criminalização da posse de drogas para o consumo pessoal é a saúde pública.

Porém, é nítido que a simples posse de entorpecentes, ou até mesmo o uso, não afeta a saúde pública, já que é uma conduta meramente autolesiva, atingindo somente a saúde pessoal do usuário.

Portanto, a intervenção penal no que tange a posse de drogas para o uso pessoal é abusiva e ilegítima, já que não existe lesão ao bem jurídico da saúde pública, somente a saúde individual do usuário.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, perpassa pelo controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 é *Lex Fundamentalis*, isto é, a lei máxima do Brasil, dotada de supremacia jurídica sobre todos os demais atos jurídicos, é fundamental e necessário que exista um controle de constitucionalidade, para que se garanta a conformidade e validade das leis e atos do poder público em face de uma Constituição rígida.

Portanto, é imprescindível que no presente trabalho seja analisado o controle de constitucionalidade das leis e atos estatais, como o seu conceito, pressupostos e modelos, destacando especialmente o controle de constitucionalidade das leis penais.

Isto porque, como se verá, tramita no STF o RE 635.659/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face de acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema/SP, no qual a Defensoria arguiu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (STF, 2012, *on-line*).

3.1 CONCEITO

O controle de constitucionalidade é uma função de fiscalização e verificação da validade e conformidade das leis e atos estatais em face de uma Constituição rígida, que pode ser realizada por um órgão ou diversos órgãos, desde que sejam constitucionalmente indicados (CUNHA, 2021, p. 254).

Dito isso, tendo em vista que Constituição Federal de 1988 é rígida e suprema diante a todos os atos do poder estatal, é indiscutivelmente nítida a obrigação de proteger o texto constitucional dos possíveis atentados que possa sofrer. Para que isso ocorra, é necessário a organização de um sistema que garanta a defesa da supremacia constitucional (CUNHA, 2021, p. 254).

A constituição Federal de 1988 deve ser protegida diante das possibilidades infinitas de violação de suas normas, pois o Poder Legislativo pode vir a contrariar o texto constitucional através das leis em geral e o Poder Executivo através dos atos

normativos e concretos. Nesse sentido, afirma-se que é exatamente através de sistemas ou processos adequados a sua defesa, diante desses equívocos, que hoje se entende por controle de constitucionalidade das leis (TEIXEIRA, 2011, p. 372).

Portanto, o controle de constitucionalidade se destina a assegurar a supremacia da Constituição em face das leis ou atos normativos que possam violar os seus princípios e regras, sendo o objetivo principal da jurisdição constitucional o de declarar a inviabilidade e impedir a eficácia dos atos normativos que ensejem incompatibilidade com a Constituição (STF, 2010, p. 85)¹.

Desta forma, este trabalho e grande parte da doutrina brasileira defendem que o artigo 28 da Lei de Drogas viola diretamente princípios constitucionais. Por isso, algumas reflexões sobre o controle de constitucionalidade das leis se fazem necessárias, já que uma lei, especialmente uma lei penal incriminadora, jamais pode ser incompatível com a Constituição Federal.

3.2 PRESSUPOSTOS

Dirley da Cunha Júnior (2021, p. 255), Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 28-34), Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 402-405) e Jorge Miranda (2011, p. 376-377), salientam que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos necessita de pressupostos, sendo esses (i) a existência de uma Constituição escrita; (ii) a Constituição como norma jurídica fundamental e (iii) a previsão de, ao menos, um órgão competente para exercer a fiscalização das leis e atos normativos que confrontem a Constituição.

3.2.1 A Constituição escrita e formal

Para a existência do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, é fundamental que a Constituição seja escrita e formal.

A constituição deve ser escrita e formal, possuindo um conjunto normativo de regras e princípios escritos, estabelecidos num texto jurídico supremo (CUNHA, 2021, p. 256).

¹ É o que dispõe o Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659.

Pode-se afirmar que a Constituição não escrita, como a histórica ou costumeira, por se tratar de uma Constituição dotada de flexibilidade, não possui um controle de constitucionalidade, pois nos países que adotam esse modelo de Constituição, a supremacia do parlamento é o princípio vigente, não se admitindo a fiscalização dos atos que decorrem do parlamento (CUNHA, 2021, p. 256).

Nada obstante, é sabido que, historicamente, as Constituições históricas ou costumeiras possuem caráter rígido, tendo em vista o grande grau de dificuldade de serem modificadas a partir da evolução da vida social (CLÈVE, 2000, p. 31).

Como exemplo de Constituição não escrita, tem-se a Constituição da Inglaterra, que, do ponto de vista jurídico, é considerada uma Constituição flexível, mas, do ponto de vista sociológico, ela é considerada uma Constituição rígida, até mesmo mais rígida do que a Constituição do Brasil, que é formal e escrita (CUNHA, 2021, p. 256).

3.2.2 A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema

É necessário que se compreenda a Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema, para que se possa diferenciá-la das demais leis comuns (CUNHA, 2021, p. 256).

A rigidez constitucional deriva da previsão de um processo especial e agravado, previsto para a modificação das normas constitucionais, o que se diferencia do processo comum e simples, que é reservado para a criação e alteração das leis ordinárias e complementares (CUNHA, 2021, p. 256).

A distinção entre estes regimes, que perpassa pela necessidade de que haja um processo especial e complexo para a alteração das normas constitucionais, atribui a Constituição Federal a característica de norma jurídica fundamental, rígida e suprema, em relação as demais normas (CUNHA, 2021, p. 256).

Para Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 31), o controle de constitucionalidade só existe nos lugares que possuem Constituições rígidas.

Porém, é possível fazer uma análise sobre a existência do controle de constitucionalidade nos Estados que adotam Constituições flexíveis, sendo plausível a tese de que poderia ocorrer um controle de constitucionalidade, tão somente formal (CLÈVE, 2000, p. 31).

Ou seja, a inconstitucionalidade formal pode ser constatada em uma Constituição flexível, tendo em vista que, estabelecido nesta um mecanismo para a criação das leis, a violação a este procedimento ensejará em inconstitucionalidade (CLÈVE, 2000, p. 31).

Contudo, mesmo que seja possível verificar inconstitucionalidade formal em face de uma Constituição flexível, não é cabível a inconstitucionalidade material perante as Constituições flexíveis. A rigidez constitucional, sim, é que se harmoniza com os conceitos de inconstitucionalidade formal e material (CUNHA, 2021, p. 256).

É decorrente da rigidez constitucional a diferenciação entre as leis constitucionais (superiores ou supremas) e as leis comuns (inferiores), sendo necessário que exista entre elas uma relação hierárquica. Por isso, pode-se afirmar que a supremacia constitucional decorre de forma lógica, da rigidez da Constituição (CUNHA, 2021, p. 256).

Sendo assim, a supremacia e rigidez constitucional estabelecem pressupostos invariáveis de controle de constitucionalidade, de modo que, não existirá controle de constitucionalidade, caso não existam esses pressupostos (TEIXEIRA, 1991, p. 372).

Por isso, as Constituições rígidas não podem ser alteradas por leis ordinárias, mas tão somente por meio dos processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, delineados pela própria Constituição (TEIXEIRA, 1991, p. 372).

Portanto, toda lei ordinária que seja contrária a Constituição Federal não pode ter validade, devendo ser considerada nula e inconstitucional e, conseqüentemente, retirada do sistema jurídico (TEIXEIRA, 1991, p. 371).

Ante ao exposto, é possível fazer uma relação com a atual Lei de Drogas, em especial o artigo 28, que, caso seja declarado inconstitucional, deverá ser expulso do sistema jurídico.

3.2.3 A previsão de um órgão competente

Para que se possa defender a Constituição formal e escrita, com o mecanismo de controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público, é necessário que seja previsto um ou mais órgãos competentes que sejam responsáveis por efetuar tal controle (CUNHA, 2021, p. 257).

A Constituição formal e escrita deve prever, expressa ou implicitamente, um ou mais órgãos competentes para realizar o controle de constitucionalidade das normas. Caso não seja previsto um órgão competente, o controle de constitucionalidade não existirá (CUNHA, 2021, p. 257).

Esse órgão competente tanto pode desempenhar função jurisdicional, como função política, podendo a função jurisdicional ser inserida na estrutura do Poder Judiciário ou fora dele. O objetivo final é que o órgão possua competência para efetuar o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público (TEIXEIRA, 2021, p. 372).

A Constituição brasileira de 1891 foi a primeira que reconheceu o controle de constitucionalidade no país, sendo o Poder Judiciário, por influência da doutrina da *judicial review* (criada a partir do célebre caso *Marbury vs Madison*, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos), o órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. O Poder Legislativo e o Poder executivo possuem a faculdade de executar, em situações extremamente excepcionais, o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade de certos atos e projetos legislativos (CUNHA, 2021, p. 257).

3.3 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade, conquanto se apresente como um sistema de defesa das Constituições rígidas, também consiste numa atividade-função de fiscalização das leis e atos estatais em face dos princípios e regras da Constituição.

Nesse sentido, cumpre que seja desvelado, basicamente, qual (ou quais) os órgãos competentes para o exercício dessa atividade de fiscalização, qual o modo ou procedimento utilizado e, por derradeiro, quais as consequências da declaração da inconstitucionalidade das leis ou atos estatais fiscalizados.

Para oferecer respostas adequadas a esses questionamentos, emergiram diversos modelos de controle de constitucionalidade, que podem aqui ser sintetizados, para os propósitos deste trabalho de conclusão, em apenas três: o americano, o europeu e o brasileiro.

Mas cumpre salientar, porém, que não é intenção desta monografia aprofundar-se nas discussões ou narrativas relativamente a esse tema. A ideia, aqui, é tão somente indicar em qual modelo de controle de constitucionalidade se insere o

juízo do RE 635.659/SP pelo STF. Por essa razão, as considerações que se seguem a respeito dos três modelos de controle de constitucionalidade limitar-se-ão a explicitar as suas características básicas.

3.3.1 Americano

O modelo americano de controle de constitucionalidade originou-se em 1803, a partir do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, pela Suprema Corte dos EUA, que adotou as premissas teóricas apresentadas pelo *Chief Justice* John Marshall, dando ensejo ao surgimento da doutrina da *judicial review of legislation*, que muito influenciou os demais países do continente americano, especialmente o Brasil.

O modelo americano caracteriza-se por compreender uma fiscalização difusa, concreta e incidental de constitucionalidade, confiada a todos os órgãos do Poder Judiciário, em que qualquer juiz ou tribunal competente para o exame de uma controvérsia (originariamente ou por meio de recurso) pode deixar de aplicar, nos feitos submetidos a seu julgamento, uma determinada lei ou ato estatal, quando a considere eivada do vício da inconstitucionalidade.

Entretanto, apesar de difuso ou aberto, o modelo americano controle de constitucionalidade consagrou o princípio da *stare decisis*, em razão do qual as decisões da Suprema Corte americana que declaram a inconstitucionalidade da lei, em que pese proferidas numa controvérsia concreta, firmam um precedente obrigatório e vinculante para todos os juízes e tribunais (CUNHA, 2019, 76).

Segundo Dirley da Cunha Júnior (CUNHA, 2019, p. 77):

(...) o modelo norte-americano da *judicial review* define-se como um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público que qualquer juiz e tribunal, *ante um caso concreto*, pode desempenhar. É um controle *judicial*, pois somente os órgãos do Poder Judiciário podem realizá-lo. É um controle *difuso* no sentido de que *todos* os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, pouco importando sua natureza e grau de jurisdição. E, finalmente, é um controle *incidental* ou *indireto* (provocado por via de exceção ou de defesa), no sentido de que somente no curso de uma demanda concreta, pressupondo controvérsia, pode ser efetivado, como condição para a solução da *vexata quaestio*. Neste último sentido, diz-se também que se cuida de um controle *subjetivo*, pois desenvolvido em razão de um conflito de interesses intersubjetivos, cuja finalidade principal é a defesa de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo juridicamente protegido de alguém.

3.3.2 Europeu

Mais de um século depois, por influência de Hans Kelsen, surge na Áustria outro modelo de controle de constitucionalidade, que se tornou referência para praticamente toda a Europa (continental e leste europeu).

Com efeito, o modelo austríaco/europeu de controle de constitucionalidade originou-se diretamente de expressa previsão na Constituição da Áustria de 01 de outubro de 1920, que criou o Tribunal Constitucional e ao qual confiou, com exclusividade, a garantia da Constituição.

Em consonância com esse modelo, o controle de constitucionalidade é concentrado, abstrato e principal, tendo em vista que a atividade de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos estatais somente pode ser exercida por um único órgão de controle (o Tribunal Constitucional), a partir de um pedido principal formulado em ação direta proposta por alguns órgãos, que provoca no Tribunal um exame meramente abstrato ou em tese de um conflito de normas (entre a norma legal e a norma constitucional).

3.3.3 Brasileiro

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade vem se desenhando desde a sua primeira Constituição republicana (1891), quando foi adotado o controle com base na *judicial review* do direito norte-americano.

Mas em 1965, em razão da emenda constitucional nº 16, que alterou a Constituição de 1946, o Brasil também acolhe, em paralelo e alternativa ao modelo americano, o modelo europeu, com a previsão de uma ação especial, à época denominada representação de inconstitucionalidade de lei, de competência concentrada do STF.

E a Constituição de 1988 recepciona os dois modelos (americano e europeu), consolidando, em bases definitivas, um modelo híbrido no qual coexistem o americano e o europeu.

Por esse arranjo, combinam-se os modelos difuso-concreto-incidental (americano) e concentrado-abstrato-principal (europeu).

Pelo modelo difuso-concreto-incidental, qualquer juiz ou tribunal brasileiro, desde que competente para processar e julgar uma demanda concreta, pode e deve

exercer a fiscalização da constitucionalidade de leis e atos, para afastar a sua aplicação do caso concreto, sempre que conclua por sua inconstitucionalidade.

Já pelo modelo concentrado-abstrato-principal, só o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em sede de ação direta, e em abstratamente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal e somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer, também diante de uma ação direta, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (CUNHA, 2019, p. 105).

Relativamente ao julgamento do RE 635.659/SP, o STF está exercendo o controle da constitucionalidade, em caráter concreto e incidental, do art. 28 da lei de drogas. Desse modo, o julgamento desse RE se insere no modelo de fiscalização americano. E eventual decisão da Corte, que declare a inconstitucionalidade do citado art. 28, terá efeitos gerais e vinculante, em razão da repercussão geral que foi reconhecida.

3.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS PENAIS

Não há um regime diferenciado e especial para o controle de constitucionalidade das leis penais. Entretanto, não há negar que a incompatibilidade material das leis penais com a Constituição revela-se mais grave, na medida em que o bem jurídico-constitucional violado normalmente refere-se à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Neste tópico do trabalho, pretende-se abordar a inconstitucionalidade das leis penais incriminadoras (inconstitucionalidade por ação), a inconstitucionalidade da omissão de leis penais incriminadoras (inconstitucionalidade por omissão) e da técnica decisória de interpretação das leis penais incriminadoras conforme a Constituição, para reduzir âmbito de incriminação e expandir direitos.

3.4.1 Criminalização inconstitucional

É verdade que a Constituição Federal de 1988 tutela inúmeros bens jurídicos, determinando ao Estado a adoção de diferenciadas formas de proteção. Uma

dessas formas de proteção é a criminalização de determinadas condutas lesivas a bens jurídicos constitucionalmente relevantes.

O direito penal repressivo, nesse contexto, é uma exigência do Estado Democrático de Direito, que muitas vezes fundamenta e justifica a intervenção mais severa do Estado nas liberdades individuais, para punir o responsável pela violação de determinados bens jurídicos constitucionalmente relevantes.

Entretanto, a intervenção mais severa do Estado nas liberdades individuais, por meio do direito penal incriminador, é providência que deve ser utilizada como *ultima ratio*, de forma proporcional e que não viole direitos fundamentais.

A criminalização, portanto, deve ser mínima (intervenção mínima), adequada (a criminalização deve ser útil para promover os fins da proteção), necessária (a criminalização não pode ser excessiva, de modo que, havendo outro meio menos restritivo a direitos, para a tutela do bem jurídico, deve-se a ele dar preferência) e estritamente proporcional (numa colisão com outros direitos e interesses jurídicos, a criminalização deve gerar mais benefício para a sociedade). Ademais, não pode violar direitos fundamentais.

Assim, uma lei penal incriminadora que desatenda a esses parâmetros padecerá do vício de inconstitucionalidade material.

Como exemplo de criminalização inconstitucional, reconhecida pelo STF, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130/DF, que foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, considerada a Lei de Imprensa, que, entre outras disposições, criminalizou diversas condutas, a pretexto de regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação (BRASIL, 1967).

Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ADPF 130, sob fundamento de que a Lei de Imprensa não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por violar princípios constitucionais (STF, 2009, *on-line*).

Inicialmente, a Suprema Corte tratou a imprensa como uma instituição-ideia, afirmando que a liberdade de imprensa é equivalente a liberdade de informação.

O STF considerou que os direitos inerentes à liberdade de expressão são, em verdade, sobredireitos. Nesta qualidade, pode-se falar em calibração de princípios, ocorrendo a proporcionalidade entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade e à intimidade (STF, 2009, *on-line*).

A possibilidade de preservar algumas partes da Lei 5.250, de 1967, foi muito discutida entre os ministros, em especial no tocante à regulamentação do direito de resposta, com prazos, requisitos e procedimentos especiais que eram abordados na *lex* em comento (BRASIL, 1967).

No entanto, foi declarada a impossibilidade de qualquer legislação que disponha de maneira orgânica sobre a imprensa, por violar o artigo 220, da Constituição Federal de 1988, no que tange a plena liberdade de expressão, manifestação e pensamento, sob qualquer forma, não podendo sofrer restrições (BRASIL, 1988).

Portanto, foi constatada a incompatibilidade material da Lei de Imprensa com a plena liberdade, sendo reconhecida a não recepção da Lei nº 5.250/67 (BRASIL, 2009).

Ante ao exposto, é possível fazer uma relação com o Recurso Extraordinário atualmente em tramite no Supremo Tribunal Federal.

É o que se defende neste trabalho, relativamente ao art. 28 da atual Lei de Drogas. Trata-se de criminalização inconstitucional, que pode ser reconhecida em controle de constitucionalidade, pois viola os princípios constitucionais da proporcionalidade, da privacidade (especialmente dos direitos à intimidade, vida privada e autonomia privada da vontade) e princípios basilares do direito penal, como a lesividade ou ofensividade.

3.4.2 Omissão inconstitucional

Por outro lado, quando, ao invés de intervir, para cumprir mandamento constitucional de criminalização, o Estado se omite, tem-se uma omissão inconstitucional, também passível de controle de constitucionalidade.

A respeito do tema, é importante destacar que o conceito de inconstitucionalidade foi deveras alargado pela Constituição Federal de 1988, para compreender a inconstitucionalidade por omissão. Segundo o magistério de Dirley da Cunha Júnior (CUNHA, 2019, p. 267):

Já se afirmou neste trabalho que o desrespeito à Constituição não se limita à atuação inconstitucional. Disse-se que tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há, pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe

o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada.

Assim, é juridicamente possível reconhecer a inconstitucionalidade da omissão da própria criminalização. Como exemplo, cite-se o julgamento da ADO 26, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional da criminalização da homotransfobia e, como providência supletiva e de caráter provisório, determinou o enquadramento dessa conduta na lei que criminaliza o racismo (STF, 2019, *on-line*).

3.4.3 Interpretação conforme a Constituição para reduzir o âmbito de incriminação e expandir direitos

Ainda é possível, em sede de controle de constitucionalidade, adotar-se a técnica decisória da interpretação da lei conforme a Constituição, para reduzir âmbito de incriminação e expandir direitos.

Conforme Dirley da Cunha Júnior (CUNHA, 2019, p. 261):

A técnica da interpretação conforme a Constituição visa a prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Assim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição. Nesse caso, tem o Supremo Tribunal Federal, na esteira da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, entendido que a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Carta Magna. Percebe-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista como um simples princípio de hermenêutica, mas sim como uma modalidade de decisão do controle de constitucionalidade de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, porém, segundo entendemos, sem se confundir com esta técnica.

O STF vem reiteradamente aplicando essa técnica, que é também princípio de interpretação constitucional, especialmente em matéria penal. Como exemplo, cabe também a citação dos casos da marcha da maconha, no caso da ADPF 187 (STF, 2014, *on-line*) e do aborto do feto anencéfalo, na ADPF 54 (STF, 2013, *on-line*).

No tocante a ADPF 187, O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a ação, que foi ajuizada pela Procuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, em sentido contrário a proibição das

manifestações públicas em defesa da descriminalização do uso de drogas, no caso, a Marcha da Maconha (STF, 2011, *on-line*).

O fundamento principal foi a interpretação do artigo 287 do Código Penal (crime de apologia de crime ou criminoso) conforme a Constituição Federal de 1988, reduzindo o âmbito de incriminação da conduta e expandindo direitos do cidadão, de forma que fixou entendimento para “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (STF, 2011, p. 5).

A pretensão foi fundamentada a partir dos direitos de liberdade de expressão, previsto no art. 5º, incisos IV e IX, e art. 220º, CF/88, bem como no direito de reunião, contido no art. 5º, inciso XVI, CF/88 (BRASIL, 1988).

No entanto, o que foi permitido pela Suprema Corte foi o direito de se reunir e protestar a favor da legalização do uso de drogas, desde que não exista a apologia ao consumo de entorpecentes, protestando tão somente em prol da descriminalização da conduta tipificada como crime.

A liberdade de expressão e o direito da reunião são direitos fundamentais para um Estado democrático de direito, e a decisão do STF corrobora com esse entendimento, dando a máxima efetividade aos direitos e garantias individuais.

A técnica decisória da interpretação da lei conforme a Constituição se coaduna com o caso da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tendo em vista que o STF tem a oportunidade de reduzir o âmbito de incriminação e expandir os direitos do cidadão, caso seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

No direito brasileiro, existe a presunção de que todas as leis e atos emanados do poder público são constitucionais, tendo em vista o dever de constitucionalidade ao qual os órgãos estatais se submetem na elaboração das leis e atos, em razão da imperiosa e indeclinável necessidade de compatibilizá-los com a Constituição Federal.

No entanto, essa presunção de constitucionalidade não é absoluta, mas apenas relativa, podendo e devendo ser afastada sempre que for constatada a inequívoca violação a alguma regra ou a algum princípio da Constituição.

Por essa razão, há o controle de constitucionalidade das leis e atos estatais, do qual já se discorreu no capítulo anterior, cabendo aos órgãos do Poder Judiciário o exercício da jurisdição constitucional e a atividade de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos do poder público, julgando casos concretos (para aferir a inconstitucionalidade incidental) ou abstratamente por via de ação direta (para aferir a inconstitucionalidade principal).

Partindo desta análise, o artigo 28 da Lei de Drogas, que criminalizou a conduta do porte de drogas ilícitas para o consumo pessoal, pode ser considerado inconstitucional, por violação a inúmeros princípios constitucionais, que serão examinados ao longo deste capítulo (BRASIL, 2006).

A constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso próprio está sendo questionada em sede de controle concreto no Recurso Extraordinário 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. Entretanto, essa constitucionalidade vem sendo questionada há muito tempo, desde a vigência da Lei 6.368/76, na qual o usuário de drogas ilícitas sofria a mesma punição que o traficante.

Portanto, a partir de uma análise jurisprudencial e doutrinária, este trabalho se posicionará e demonstrará que o artigo 28, da Lei 11.343/2006, é inconstitucional, por violação a diversos princípios constitucionais, em consonância com o que será exposto neste capítulo.

4.1. DOS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, entende-se que a criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal viola determinados princípios constitucionais e penais.

Grande parte da doutrina defende que existem diversos princípios que são violados, direta ou indiretamente, pela criminalização da posse de entorpecentes para uso próprio.

No entanto, neste tópico do trabalho, só serão abordados os princípios constitucionais que foram utilizados como parâmetro do controle de constitucionalidade e como fundamento para o Recurso Extraordinário 635.659, que tramita atualmente na Suprema Corte Brasileira.

Os princípios que foram invocados para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, são os previstos no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988 (princípios da intimidade e vida privada), e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal, e o princípio da proporcionalidade (BRASIL, 1988).

4.1.1 Intimidade e vida privada

Atualmente, é muito comum se constatar violações ao direito à privacidade. Com o passar dos anos, a privacidade dos seres humanos clama por maior proteção em relação aos meios comunicativos que se atualizam e se expandem exponencialmente (CUNHA, 2021, p. 661).

Os veículos de informação e comunicação, com o passar dos anos, tornaram-se mais eficazes e sofisticados. Sendo assim, o indivíduo, mesmo em sua residência privada, tem se tornado vítima de “intrusos inescrupulosos que, através de lentes teleobjetivas e aparelhos eletrônicos de ausculta, vêm devassando a sua privacidade e de sua família”, o que se configura numa intolerável ofensa a um direito expressamente assegurado constitucionalmente (CUNHA, 2021, p. 661).

De forma distinta das Constituições passadas, a Magna Carta de 1988 estabeleceu a devida proteção à privacidade, no art. 5º, X, que prevê:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

A partir disso, constata-se a consagração do direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando essa expressão em sentido amplo para abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas (SILVA, 1999, p. 209).

De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2021, p. 662), entende-se por direito à privacidade:

Assim, a novel ordem constitucional oferece, expressamente, guardada ao direito à privacidade, que consiste fundamentalmente na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano. Nesse sentido, a privacidade corresponde ao direito de ser deixado em paz, ao direito de estar só (right to be alone).

Ante ao exposto, cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 distingue o direito à intimidade de outras manifestações típicas da privacidade, ou seja, o direito da intimidade foi separado dos demais direitos da personalidade, concedendo-lhe, por conta disso, natureza de direito subjetivo autônomo (CUNHA, 2021, p. 662).

A intimidade pode ser conceituada como a vida secreta ou exclusiva que o ser humano reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos ou ao seu ambiente de trabalho (CUNHA, 2021, p. 662).

Pode-se afirmar que o direito à intimidade é um direito diretamente relacionado com a essência e a personalidade do indivíduo (CUNHA, 2021, p. 663).

Para Paulo José da Costa Jr (1970, p. 71), a intimidade é o direito que o ser humano possui de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade, de retirar-se da publicidade e de permanecer isolado na sua intimidade. “*Diritto ala riservatezza*”, não é o direito de ser reservado ou de permanecer em sua reserva, mas o direito de manter-se afastado da esfera dos olhos e ouvidos de terceiros, e o direito de impossibilitar a proliferação de palavras, escritos e atos praticados nessa esfera.

Em suma, é o direito de proteger os segredos mais íntimos da pessoa, como exemplo de sua vida amorosa, sua opção sexual, seu diário íntimo, o segredo feito sob juramento e as suas convicções pessoais (CUNHA, 2021, p. 663).

A intimidade também é protegida por outros direitos constitucionais que são relacionados com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais (CUNHA, 2021, p. 663).

O Supremo Tribunal Federal, no RE 670.422, utilizando como fundamento os princípios da intimidade e vida privada, reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito fundamental relacionado à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, sem ser necessário, nada além, da manifestação de vontade do sujeito, que poderá optar pela via judicial ou administrativa para exercer tal feito (STF, 2018, *on-line*).

O STF sustentou que o direito a igualdade abarca a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é exemplo de manifestação da própria personalidade do indivíduo, cabendo ao Estado o papel de reconhecê-la, não de constituí-la. O ser humano não tem a obrigação de provar o que realmente é, e o Estado não deve intervir nisso (STF, 2018, *on-line*).

Já o direito à vida privada, se diferencia da intimidade, tendo em vista que é menos secreta do que esta. A vida privada não está relacionada aos segredos individuais mais restritos, mas sim à sua vida em família, no trabalho e no relacionamento com os amigos, ou seja, a vida privada é sempre um viver entre os outros, mas que também necessita uma certa reserva (CUNHA, 2021, p. 664).

Como exemplifica de forma brilhante, Dirley da Cunha Júnior (2021, p. 664), que:

Podemos nos valer de um exemplo, para apresentar uma comparação. Enquanto uma família, constituída pelos pais e seus dois filhos, em seu relacionamento interpessoal, no recesso de seu lar, vive debaixo de uma vida privada, que só a ela diz respeito; os filhos, assim como os próprios pais, no recesso de suas individualidades, relativamente aos seus segredos, encontram-se sob a tutela da intimidade. Assim, enquanto um repórter que divulga algum fato atinente à relação familiar entre os pais ou entre estes e seus filhos, sem o consentimento deles, viola a vida privada deles; o pai que devassa o diário de sua filha viola a intimidade dela.

Ante ao exposto, pode-se fazer uma conexão com o artigo 28, da Lei 11.343/2006, que tipifica a conduta de portar drogas para o consumo pessoal como crime (BRASIL, 2006). Ao criminalizar esta conduta, os direitos-princípios da intimidade e da vida privada são violados em seu amplo sentido.

Ora, o direito penal não possui legitimidade para adentrar nas decisões privadas de cada indivíduo, desde que esta não lesione o direito de outrem, como no porte e no uso de drogas ilícitas.

O direito penal também não pode determinar que um sujeito viva daquela forma, impondo um padrão de comportamento moralmente aceito e considerado com o que o Estado acha que é correto, isso só escancara o desrespeito aos princípios constitucionais em análise.

Sendo assim, o porte de drogas para o uso pessoal deve ser visto como o mero exercício da autonomia individual do sujeito, tendo em vista que o cidadão possui o direito de escolha pessoal, de tomar decisões que o realizem como ser humano, mesmo que essas condutas tragam prejuízos e não sejam moralmente aceitas pela sociedade.

Portanto, conclui-se que a posse e o consumo de drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, constituem uma conduta que é exclusivamente relacionada à intimidade do usuário e diz respeito apenas à vida privada deste, não podendo o Estado intervir nessa esfera.

4.1.2 Lesividade

Em caráter introdutório, importante ressaltar que o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, conforme doutrina majoritária, é o da saúde pública. Porém, o entendimento utilizado neste trabalho é o de que a saúde pública não é violada pelo porte de drogas para consumo pessoal. O bem jurídico efetivamente lesionado pela posse e uso pessoal de drogas é a própria saúde individual do agente, e não um bem jurídico de terceiros.

O princípio da lesividade ou ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), exige que decorra de uma conduta praticada, uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma (CUNHA, 2019, p. 92).

Alice Bianchini, Antônio Molina e Luiz Flávio Gomes (2009, p. 126), afirmam que o princípio da lesividade:

Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe

crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime).

O princípio da lesividade não é destinado exclusivamente ao legislador, mas também ao aplicador da lei penal, que deverá se ater, em relação a ocorrência de uma conduta considerada criminosa, se realmente ocorreu a efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (CUNHA, 2019, p. 92).

Parte da doutrina questiona a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato (ou presumido), casos em que o legislador presume, a partir da conduta, o perigo para o bem jurídico (CUNHA, 2019, p. 92).

Para Paulo Queiroz (2008, p. 112), uma crítica aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir o perigo e em última análise o perigo não vir a existir, acaba por criminalizar uma simples atividade, violando assim o princípio da lesividade ou ofensividade, bem como o caráter de *ultima ratio* do direito penal. Em razão disso, doutrinadores consideram inconstitucional toda presunção legal de perigo.

Salo de Carvalho e Maria Lucia Karam (2016, p. 341), afirmam que a conduta do indivíduo de porte de drogas para uso pessoal, por si só, não configura lesão a saúde pública. Sendo assim, não é compatível que a conduta seja incriminada por lesionar o bem jurídico da saúde pública.

Ante ao exposto, Nilo Batista (2011, p. 91) entende que o artigo 28 da Lei de Drogas, em sua redação, tipifica a conduta de “porte de drogas para o consumo pessoal” como crime, ou seja, punindo a autolesão, o que não é cabível no Direito Penal.

A utilização do Direito penal é legítima quando se verifica a concreta lesão a bens jurídicos alheios. Sendo assim, o princípio da lesividade é violado, pois a conduta criminalizada não enseja em concreta lesão ao bem jurídico de terceiros (BATISTA, 2011, p. 92).

Luís Roberto Barroso (STF, 2015, p. 9) afirma de forma brilhante que o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão, ou seja, de forma lógica, o Estado não poderia punir o ato de consumir maconha².

Outro exemplo, tem-se o consumo de álcool e tabaco, que em determinados casos, pode representar riscos ao bem jurídico de terceiros, inclusive, riscos muito

² É o que se depreende do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 635.659.

mais severos do que o consumo da maconha, e nem por isso são criminalizados (STF, 2015, p. 9).

Portanto, como não há a efetiva lesão ao bem jurídico da saúde pública, a criminalização do porte para consumo pessoal de drogas ilícitas é ilegítima, e também viola o princípio da lesividade do direito penal.

4.1.3 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consiste, em essência, num rol de natureza axiológica que deriva diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins. O princípio da proporcionalidade antecede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional, e enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico brasileiro (LARENZ, 1989, p. 585-586).

Cumpra trazer as lições sempre precisas de Inocêncio Mártires Coelho (2003, p. 144-145):

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

Deste modo, o princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, é um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público quanto aos seguintes caracteres: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito (CUNHA, 2019, p. 62).

No entanto, a proporcionalidade em matéria penal é compreendida como a proibição do excesso, englobando os momentos de cominação, da aplicação e da execução da pena. Vale ressaltar que, no direito penal, não se discute a natureza jurídica da proporcionalidade, seja ela regra, princípio, postulado ou máxima (NEUMANN, 2008, p. 208-211).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso *Mitbestimmungsgesetz* e a dogmática penal, entendem o método trifásico de verificação da proporcionalidade da seguinte forma: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116-117).

Na verificação da adequação, o intuito é avaliar a aptidão do meio para a finalidade determinada, ou seja, seria um resultado extrajurídico empiricamente controlável (PRADO, 2013, p. 42).

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, no entanto, não demonstra ser adequada ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública. Ora, a saúde pública não é protegida pela proibição da conduta, além do mais, os números comprovam que a proibição não é eficaz, pois o consumo de todas as drogas ilícitas, tem aumentado significativamente (STF, 2015, p. 9-10).

Já na verificação da necessidade, objetiva-se fazer uma comparação entre os meios adequados ao alcance do fim, optando-se ao que restringe com menor grau os Direitos Fundamentais afetados por aquela medida (PRADO, 2013, p. 42).

É perceptível que, ao criminalizar o porte de drogas ilícitas para o consumo próprio, os Direitos Fundamentais são afetados com a maior intensidade possível, não sendo compatível com a verificação da necessidade, indo no sentido contrário ao princípio da proporcionalidade.

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, faz-se imperiosa uma ponderação e uma comparação entre os danos que decorrem dos meios utilizados com os benefícios provocados pelo alcance daqueles fins. Importante esclarecer que, a verificação da proporcionalidade é sucessiva, ou seja, se o meio não for aceito por inadequação, nem sequer se analisa a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (PRADO, 2013, p. 42-43).

Por isso, no caso das drogas que são consideradas ilícitas (maconha, *ecstasy*, LSD e cogumelos alucinógenos) que possuem lesividade inferior à das drogas lícitas (álcool e tabaco), a intervenção penal é desproporcional, tendo em vista que existem meios jurídicos menos rigorosos (proibição de acesso a menores, restrição à publicidade e alta taxação), que restringem com menor intensidade os Direitos Fundamentais (PRADO, 2013, p. 43).

Cumprir trazer à presente pesquisa, um estudo realizado pelos professores David Nutt, Leslie King e Lawrence Phillips (2010, p. 1563), no qual identificam

dezesesseis critérios de lesividade pessoal e social das drogas em geral, concluindo que:

As drogas mais lesivas aos usuários foram a heroína (escore parcial 34), o crack (37) e a meta-anfetamina (32), enquanto as mais lesivas a terceiros foram o álcool (46), o crack (17) e a heroína (21). Quando os dois escores parciais foram combinados, o álcool foi a droga mais lesiva, seguida da heroína e do crack.

A pesquisa ainda comprovou que o álcool é mais letal que muitas drogas ilícitas, como a maconha, o ácido lisérgico (LSD) e os cogumelos alucinógenos. Por fim, o escore global da lesividade da maconha (20), do *ecstasy* (9), do LSD (7) e dos cogumelos alucinógenos (6), foram todos inferiores ao escore global do álcool (46) e até mesmo do tabaco (26) (NUTT; KING; PHILLIPS, 2010, p. 1561-1563).

O artigo foi publicado no *The Lancet*, periódico médico britânico, que recebe nota máxima (A1) no sistema brasileiro de classificação da relevância das revistas científicas e se tornou referência para outros estudos ao redor do mundo (BRASIL, 2020).

Portanto, a partir da aplicação efetiva do princípio da proporcionalidade, levando em consideração a classificação oficial das drogas, resultará na legalização tácita de todos os comportamentos que sejam relacionados a produção, circulação, venda e porte dos entorpecentes com baixa capacidade de causar dependência e, em especial, das menos lesivas que o álcool e o tabaco, submetendo-as, às mesmas medidas administrativas utilizadas para desconvencer o uso das drogas lícitas (PRADO, 2013, p. 43).

Uma legalização aplicada nessas condições ensejaria diversos problemas de regulamentação e de transição, e iria de encontro com as Convenções Internacionais. Porém, não iria contrariar a Constituição Federal de 1988, pois apenas maximizaria o espaço do comércio lícito de entorpecentes e reduziria o do tráfico ilícito, sem abalar a categoria estabelecida pelo constituinte como benemérita de um regime de rigor máximo (PRADO, 2013, p. 43).

Ante ao exposto, conclui-se que, por ausência de adequação da norma, discutível necessidade e, sobretudo, pelo grande custo em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização da conduta de porte de drogas para o consumo pessoal não é a forma mais razoável e proporcional de se tratar o problema, violando assim o princípio da proporcionalidade.

4.2 O QUESTIONAMENTO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659/SP

Neste tópico, passa-se ao exame analítico do RE 635.659, interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em 2010, em favor de Francisco Benedito de Souza, que fora condenado pela prática do delito porte de droga para o consumo pessoal. A repercussão geral do RE foi reconhecida em 2015. A partir disso, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, a partir do fundamento do direito a intimidade e a vida privada, que são previstos na Constituição (STF, 2011, p. 249-259).

No supracitado Recurso Extraordinário (2011, *on-line*, p. 108-111), foi evidenciado que a magistrada titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Diadema, em São Paulo, julgou procedente a ação penal nº 161.01.2009.018946-6, que fora proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, para a condenação de Francisco Benedito de Souza pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, pelo fato de ter sido encontrado, dentro da marmita do réu, 3,0 (três) gramas de maconha. Com fundamento de que, mesmo a conduta sendo de baixo potencial ofensivo, é considerada crime, por motivo de possíveis danos à coletividade que são ocasionados pela mesma.

No segundo grau do julgamento supracitado, a decisão proferida fora mantida pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema, que negou o provimento ao recurso de apelação proposto pela defesa.

A partir disso, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o recurso extraordinário 635.659 pelo fato de compreender que existe a violação à norma constitucional no momento que se incrimina a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006. De acordo com o recurso, o tipo penal supracitado viola o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que prevê a garantia dos direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal demonstra de forma nítida a não observância por parte do legislador penal ordinário dos limites constitucionais, aos quais está vinculado. No Estado Democrático de Direito deve existir respeito aos direitos e garantias individuais que são devidamente expressos

na constituição, vinculando o legislador ordinário no momento do exercício da atividade legislativa (STF, 2011, p. 177).

A defesa afirmou em sede de recurso extraordinário interposto no Supremo Tribunal Federal (2011, p. 179-180) que o art. 28 da Lei 11.343/2006 viola os princípios penais de lesividade e da alteridade. Portanto, o órgão deixou claro que o ato de portar drogas para o uso próprio não afeta a saúde pública, já que se trata de uma conduta autolesiva, somente caracterizando o exercício da autonomia privada, afetando a exclusivamente a saúde individual do usuário de entorpecentes.

Ademais, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo defende que, o uso de entorpecentes caracteriza o estado de liberdade do próprio autor, concluindo que não pode ocorrer uma intervenção estatal sobre um mero ato de autonomia privada que não afeta terceiros.

Com isso, a Defesa pleiteou a absolvição de Francisco Benedito de Souza pela ausência de tipicidade da conduta, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, assim como a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, por violação direta ao direito à intimidade e à vida privada que são expressamente previstos pela Constituição (STF, 2011, p. 180-188).

Após as discussões, foi esclarecido o entendimento de que o bem jurídico protegido pela norma é a saúde pública, tendo em vista que a posse de entorpecentes para o consumo pessoal facilita o vício do uso de drogas no meio social. Ou seja, não importa a quantidade de droga apreendida, ou a sua própria natureza, a saúde pública é exposta de qualquer forma com a possibilidade de porte de drogas e pelo seu consumo (STF, 2011, p. 199-202).

No tocante a interpretação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, é necessário que se analise as decisões das Supremas Cortes de algumas nações latino-americanas, em principal, as decisões da corte colombiana em 1994 e da corte argentina em 2009, que vieram a declarar a inconstitucionalidade do crime de porte de entorpecentes para consumo próprio (PRADO, 2013, p. 50).

De início, é fundamental avaliar a decisão da Corte Constitucional colombiana que, por meio da Sentença nº 221-C, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 51 do Estatuto Nacional de Estupefacientes da Lei nº 30, de 1986, que tipificava como contravenção penal a posse de entorpecentes, para consumo pessoal, até a quantidade considerada como “dose pessoal”, com penas restritivas de liberdade de

até 30 (trinta) dias, se primários, ou de 01 (um) mês a 01 (um) ano, caso sejam reincidentes, e aplicação de multa (COLÔMBIA, 1986).

Diante ao exposto, sobre “dose pessoal”, de acordo com o art. 2º do Estatuto Nacional de Estupefacientes, o considerado por dose pessoal na Colômbia é de até 20 (vinte) gramas de maconha, 05 (cinco) gramas de haxixe, 01 (um grama) de cocaína ou derivados e de 02 (dois) gramas de metaqualona (COLÔMBIA, 1986).

O julgamento da Suprema Corte Colombiana teve como fundamento principal o respeito ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e tem como previsão legal a Constituição Colombiana que garante a autonomia privada desde que os atos do indivíduo não conflitam com direitos de terceiros (APONTE, 1995, p. 22-23).

No entanto, a declaração de inconstitucionalidade da norma acarretou em diversos problemas políticos e sociais, sendo vedada pelo Presidente da República, mobilizando as forças políticas da Colômbia para convocar um novo referendo visando a repenalização do porte de entorpecentes para consumo próprio, com a Corte vindo a interferir novamente, para declarar inconstitucional a convocação popular, tendo em vista que, aquém da sua incompatibilidade formal, é um meio explícito de violar uma decisão da Suprema Corte Colombiana (SANCHEZ, 2004, p. 101).

Quanto a Suprema Corte Argentina, em 2009, decidiu que era inconstitucional a última parte do art. 14 da Lei 23.737, de 21 de setembro de 1989, que previa pena de 01 (um) mês a 02 (dois) anos de prisão, quando, por sua pouca quantidade e demais circunstâncias, for entendível que a posse de drogas é destinada ao uso pessoal (ARGENTINA, 1989).

A Suprema Corte Argentina (2009), se baseou na cláusula prevista na Constituição do país, de autonomia privada, sendo que tal cláusula é mais restritiva quando comparada com a da Colômbia, estabelecendo que os atos privados que não violem a ordem nem a moral pública e que não ofendam a terceiros, estão reservados somente a Deus e desprezado da apreciação dos magistrados.

Partindo de uma reflexão direcionada a decisão do Tribunal argentino, o conflito de um entendimento de autonomia privada formulado sobre não afetar a terceiros é a sua fragilidade, tendo em vista que, toda conduta, ainda que seja da forma mais escondida possível, pode vir a afetar terceiros de forma indireta (GRECO, 2010, p. 91).

Ante ao exposto, o ideal é que o conceito de privacidade surja a partir da premissa da intangibilidade dos pensamentos, como padrão absoluto da esfera privada e da manifestação da autonomia. A partir dessa compreensão, a autonomia retira as obrigações de moralidade, invalida o paternalismo do estado e evita a proibição de condutas por seus efeitos exclusivamente indiretos (GRECO, 2010, p. 99).

Porém, Luís Greco (2010, p. 96) reconhece o conceito da esfera privada no tocante a alteridade, ao afirmar que:

A autonomia de um indivíduo não pode colidir com a de outro, pois senão uma autonomia prevaleceria às custas da outra – a autonomia de um valeria mais do que a do outro – e se teria um privilégio.

É nítido que a explanação supracitada sobre o problema que está sendo enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil é embasada, porém, se distancia bastante da finalidade de se encontrar uma solução para o determinado conflito. De início, a afetação a terceiros não é a mesma coisa de afetação a esfera jurídica de terceiros, nem sempre essa afetação é na esfera jurídica, e a decisão a ser tomada passa pelo estabelecimento da divisa além do qual não é possível se cobrar de terceiros a omissão ou ação de um ato, na mesma medida em que não lhe podem exigir o mesmo (PRADO, 2013, p. 52).

Em consonância com os entendimentos explanados, é importante mencionar o uso de substâncias psicoativas em rituais religiosos como um direito individual, que, é respeitado pela legislação brasileira, particularmente, no caso da ayahuasca, porém, a cannabis e o cacto peiote, substâncias que também são utilizadas em cultos de outras religiões, não possuem previsão legal como a ayahuasca, por serem plantas que compõe a lista das substâncias proibidas (TEIXEIRA, 2007).

Essa diferenciação entre substâncias psicoativas é fundamentada com o entendimento de que nenhum direito é absoluto e que, em caso de conflito entre direitos fundamentais, nesse caso a liberdade religiosa e a segurança, é necessário examinar, em cada caso, qual dos direitos deve prevalecer (PRADO, 2013, p. 52).

Em relação especificamente ao caso da liberação da ayahuasca, um grupo de trabalho formado pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) declarou a legitimidade da utilização religiosa da substância (no chá do Santo Daime), porém, determinou a ilegitimidade o uso da ayahuasca para outras finalidades que não sejam em seus rituais, como a exemplo do comércio,

propaganda e uso terapêutico da substância (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 30).

O porte de drogas para consumo próprio pode provocar, em seu curto ou longo prazo, consequências indiretas, negativas ou positivas, para terceiros, como a exemplo dos custos que gerariam para o sistema de saúde pública, ou, em outro sentido, na diminuição ou maximização de produtividade no trabalho, gerando uma desoneração ou promoção e na harmonia ou desarmonia das relações familiares. O tema em pauta versa sobre se a provável incidência de efeitos negativos indiretos para terceiros, poderia tornar legítimo o poder punitivo estatal para impedir o comportamento (PRADO, 2013, p. 53).

Importante ressaltar que, a Constituição Federal Brasileira de 1988, garante uma maior segurança constitucional relativa à vida privada, do que as Constituições da Argentina e da Colômbia. De acordo com o art. 5º, inciso X:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

A partir da análise do texto constitucional que prevê os direitos fundamentais do cidadão brasileiro, é possível fazer uma comparação quanto os hábitos alimentares, preferências culturais e as escolhas de cada indivíduo, todos esses comportamentos estão protegidos de intervenção penal do estado, mesmo acarretando consequências indiretas para terceiros, dentre as quais, o excesso de gordura ou de açúcar na alimentação, pode provocar obesidade, doenças decorrentes da má alimentação, sobrecarregando o sistema de saúde pública (PRADO, 2013, p. 53).

Outro exemplo é caso do sujeito que se rejeita a seguir um padrão artístico de sua comunidade, poderá, quando em comum ao coletivo, resultar na extinção de tradições artísticas que são necessárias, e mesmo que isso ocorra, a sua prevenção não pode ser obrigatória de forma individual a cada cidadão (PRADO, 2013, p. 53).

É fato notório que, o consumo de alimentos não saudáveis pode ser combatido por meio da ação estatal, como o fornecimento exclusivo de alimentos saudáveis para hospitais, unidades prisionais e escolas públicas, até mesmo o aumento da tributação para a comercialização de alimentos gordurosos que

prejudicam a saúde de quem o consome, ou a própria manutenção do patrimônio cultural que também pode ser estimulada pelo Estado. Porém, é claro que, mesmo que o Estado fomente o caminho “correto” a ser seguido, em função do bem-estar da coletividade, a decisão individual do sujeito deve ser respeitada, pois é um direito fundamental previsto no ordenamento brasileiro (PRADO, 2013, p. 54).

O mesmo ocorre com a posse de entorpecentes para consumo próprio: A atitude em por si só, é uma escolha privada, pessoal, intangível, que diz respeito somente ao indivíduo que a pratica, e o Estado pode atuar para desincentivar tal conduta, como já realiza, com o tabaco, através da Lei nº 9.294/96, censurando o ato de fumar cigarro em locais fechados e coletivos, privados ou públicos (art. 2º), atribuindo porcentagem extremamente alta aos tributos do ramo, vedando a publicidade e transmitindo propagandas visando enfraquecer o consumo de tabaco, advertindo as consequências negativas que ocorrem com o uso do produto em seu art. 3º (BRASIL, 1996).

No tocante ao paternalismo estatal na nova Lei de Drogas, se adota à teoria de que, o Direito Penal, sendo um mecanismo de controle social formal, classificado como o mais rigoroso controle estatal, só pode ser válido em caso de prevenção de uma lesão ou perigo de lesão a bens de terceiros (MARTINELLI, 2009, p. 17).

Se tratando de autolesões, é possível afirmar que a intervenção penal só é cabível quando o agente sob proteção não possui senso de autodeterminação, e ainda assim, a consequência penal não é aplicada ao sujeito, e sim a uma pessoa capaz, que acaba tendo sua liberdade restrita para proteger o incapaz, por exemplo, a proibição da venda de álcool e substâncias capazes de produzir um vício para adolescentes e crianças (MARTINELLI, 2009, p. 19).

Portanto, se conclui que, a vedação em sua totalidade, do ato praticado pelo agente, excede a legitimidade do Estado e infringe diretamente a Constituição Federal do Brasil. O acolhimento da inconstitucionalidade da posse de drogas para consumo pessoal é, nada menos que, acatar o princípio da subsidiariedade do Direito Penal (ROXIN, 2009, p. 18).

A autolesão consciente, não legitima uma sanção de caráter punitivo, já que a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção de terceiros, não de si mesmo. Deixando claro que, a compreensão do Direito Penal partindo da teoria de proteção aos bens jurídicos, determina um limite ao legislador (ROXIN, 2009, p. 23).

Nesse sentido, o porte de drogas para uso próprio representa um dano à saúde de quem a consome, porém, não atinge a saúde pública, que é o bem jurídico tutelado pela incriminação do tráfico de drogas (MARONNA, 2012, p. 4-5).

Ou seja, não se deve restringir a afirmação as drogas “suaves”, tendo em vista que, se até mesmo a tentativa de suicídio é um tipo de autolesão que não se pode punir, a presente lesividade do entorpecente não deve ser objeto de consideração quando se discute a lesão autoinfligida pelo usuário (PRADO, 2013, p. 50).

Afirma-se que, a partir da distinção indevida entre os usuários de drogas lícitas e os usuários de drogas ilícitas, como a exemplo dos usuários de álcool e tabaco e os usuários de maconha, ocorre a violação ao princípio da isonomia, além dos fundamentos da lesividade e da autonomia individual (CARVALHO, 2010, p. 270).

Por outra via, Fernando Capez (2013, p. 686) afirma que a impossibilidade de controle punitivo da autolesão, por si só, confirmaria a inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas ilícitas, que é considerado atípico no Brasil. No entanto, segundo o autor, a posse de drogas para o consumo pessoal representa perigo à saúde pública e preenche o pressuposto da alteridade, afetando assim bem jurídico de terceiros, tornando constitucional a sua incriminação.

Portanto, o argumento é falho, tendo em vista que a Lei de Drogas é muito restritiva em sua discricionariedade sobre o porte para consumo pessoal, por isso, a conduta do sujeito que proporciona perigo a terceiros tem previsão em outro tipo e punida com maior rigidez, como a exemplo ao consumo compartilhado de entorpecentes (PRADO, 2013, p. 50).

Ante ao exposto, é necessário que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3 A DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como dito anteriormente neste trabalho, o Recurso Extraordinário 635.659, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no ano de 2010, tramita no Supremo Tribunal Federal.

Após a repercussão geral do tema em questão, cabe a Suprema Corte Brasileira decidir sobre a constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Tendo em vista os direitos individuais do cidadão brasileiro, em especial o direito à intimidade e à vida privada, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal julgue a matéria.

A partir dos três votos já proferidos pelos ministros, a Suprema Corte caminha para uma possível declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

Portanto, para o objetivo deste trabalho, é imprescindível a análise crítica de todos os votos proferidos até o presente momento.

4.3.1 Voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes

Em seu início, o ministro coerentemente citou que o STF, em 2007, já discutiu sobre a norma que estava sendo impugnada no RE 635.659/SP, no RE 430.105, porém, na questão fora tratada a questão da extinção da punibilidade da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343./2006, já que a só existia pena privativa de direitos como sua sanção, quando fora retirada a pena privativa de liberdade do rol de sanções previstas para o descumprimento do art. 28 da Lei de Drogas (STF, 2015, p. 2).

No julgamento do Recurso Extraordinário 430.105, fora decidido que somente a retirada da pena privativa de liberdade não resulta na impossibilidade do controle penal do porte de entorpecentes para consumo pessoal. Afirmando que a despenalização da conduta não resulta na descriminalização dela (STF, 2007, *online*).

O tema discutido no RE 430.105 que versou sobre a natureza das medidas previstas pelas sanções da Lei 11.343/2006, não se confunde com a tese abordada atualmente no RE 635.659/SP, tendo em vista que o atual recurso defende a impossibilidade da criminalização da conduta supracitada por ser inconstitucional, discutindo a conformidade do art. 28 com a Constituição Federal (STF, 2015, p. 3).

Primeiramente, se destaca o controle de constitucionalidade da lei, citando os bens jurídicos que poderiam envolver o tema, seriam esses, a saúde e a segurança pública, em confronto com a vida privada e intimidade do indivíduo. Com isso,

afirmou que o Direito Penal age com a intenção de garantir a tutela dos direitos, prevendo o dever de proteção, por meio dos mandados expressos de criminalização (STF, 2015, p. 4).

Após o exposto, cumpre abordar aspectos relativos aos delitos de perigo abstrato, tendo em vista que o crime de porte de drogas para o consumo pessoal, atualmente, é considerado um delito de perigo abstrato. Com isso, afirma que o argumento utilizado para legitimação da intervenção penal é o possível dano causado pela conduta incriminada à saúde e à segurança pública (STF, 2015, p. 12).

Os crimes de perigo abstrato podem ser configurados por aqueles que não possui a ofensa ou ameaça de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma e a criminalização da conduta se dá pela presunção de perigo do fato, acreditando que não pode ocorrer desproporcionalidade da intervenção penal enquanto mecanismo de proteção dos bens jurídicos (STF, 2015, p. 14).

A despenalização do crime de posse de drogas para uso pessoal, relativa à simples retirada da sanção de prisão do delito, que não tem subtraído o seu caráter penal, já a descriminalização, por sua vez, retiraria essa conduta da esfera de intervenção penal, mantendo assim o caráter punitivo da conduta, porém, por meio do Direito Administrativo (STF, 2015, p. 15).

Percebe-se, que a diferenciação de tratamento penal dos usuários e traficantes de drogas em razão da intenção da conduta, não é eficaz no tocante as pretensões desejadas, que seria a de prevenção da toxicomania e a reinserção social de usuários e dependentes de entorpecentes. A admissão do porte de drogas para o uso próprio, para que continue sendo delito, serve unicamente para manter os padrões impostos pela sociedade, neutralizando o que é previsto para os dependentes e usuários de drogas no SISNAD (STF, 2015, p. 18).

O SISNAD (Sistema Nacional de Políticas sobre drogas) possui objetivos específicos em relação a usuários de dependentes, estando estruturados na Lei 11.383/2006.

Por fim, se entende que existe uma inadequação da norma impugnada, pois, é nítida a violação ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que ocorre incompatibilidade entre a criminalização do consumo próprio de entorpecentes e os fins pensados pelo legislador em relação a usuários e dependentes químicos, que ainda é somada a falta de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante (STF, 2015, p. 21).

O fato de possuir drogas para o “consumo pessoal” ser considerado um crime, afeta diretamente o direito do livre desenvolvimento da personalidade. A Constituição prevê a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. A partir desses direitos, consagra-se o direito ao livre desenvolvimento de sua própria liberdade e à autodeterminação (STF, 2015, p. 36).

É nítido que o uso de entorpecentes resulta em prejuízos físicos e sociais ao seu usuário. No entanto, atribuir tratamento no âmbito criminal ao uso de drogas é medida que viola, desproporcionalmente, o direito à vida privada e à autodeterminação. A utilização privada de entorpecentes é ato que põe em estado de risco o próprio usuário, mesmo que ele adquira os entorpecentes através de contato com traficante, não é devida a imputação dos danos coletivos decorrentes da atividade ilícita (STF, 2015, p. 36-37).

Conclui-se que a conduta do usuário de drogas, em si, não possui ligação com a conduta do traficante, portanto, não se pode atribuir a ela efeitos criminais. A única vertente para criminalização da posse para consumo pessoal, seria a validade da incriminação da autolesão. Porém, é indiscutível, que a autolesão é criminalmente irrelevante.

De forma ilustrativa, nesse sentido, temos os exemplos citados de forma brilhante por Daniel Nicory (2012, p. 8-9):

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua ‘Introdução aos princípios da moral e da legislação’, que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos. Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (art. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais) e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constituem crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP). Quando muito, a conduta potencialmente autolesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e

o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), prevista com infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito.

A partir dos exemplos supracitados, podemos concluir que, criminalizar a posse de drogas para uso pessoal é uma clara ofensa à privacidade e à intimidade do indivíduo, desrespeitando a decisão do ser humano de colocar em risco a própria saúde (STF, 2015, p. 38).

O ministro relator afirma que, é perfeitamente coerente a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas drogas, como exemplo de ser proibido utilizar em locais públicos ou na frente de crianças, ressaltando também que não é cabível um direito a se entorpecer de forma irrestrita, e sim, de forma restrita, dentro das condições estabelecidas pelo Estado (STF, 2015, p. 38).

Na Espanha, por exemplo, existem sanções administrativas cabíveis ao consumo individual de drogas, previstas na legislação, dentre elas estão, multas de até 30 mil euros e/ou suspensão da carteira de motorista. Se percebe que são medidas muito mais eficazes no controle do consumo, no sentido de coibir o agente praticar a conduta, do que a aplicação de sanções penais sem resultados práticos eficazes (STF, 2015, p. 39).

Percebe-se que prevenir o uso indevido de entorpecentes, um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, expresso no art. 4º da Lei 11.343/06, é um objetivo estatal válido e deve ser alcançado com maior eficácia, por meio de medidas administrativas e não penais (STF, 2015, p. 39).

Diante ao exposto, podemos chegar à conclusão de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é, indiscutivelmente, uma agressão à privacidade e à intimidade. Restando claro que, a situação de fragilidade do dependente de drogas, e até mesmo, do usuário que não é dependente, deve ser tratada por meio das políticas de atenção à saúde e da reinserção social, como é previsto na legislação, por meio do art. 18 da Lei 11.343/06. Portanto, imprimir tratamento criminal a conduta supracitada, classifica perigosamente o usuário, como criminoso, dificultando a sua inserção e reinserção social, além de contrariar os próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema (STF, 2015, p. 39-40).

A percepção geral e explícita, é de que cada vez mais o tratamento criminal aos usuários de drogas atinge, na maioria dos casos, pessoas de situações financeiras precárias, que possuem muito mais dificuldade em superar os vieses de um processo penal e tocar suas vidas em diante depois de terem sido taxados como

criminosos por condutas que não ultrapassam a mera lesão pessoal (STF, 2015, p. 40).

Por fim, concluiu que, a criminalização da posse de entorpecentes para consumo próprio é inconstitucional, por abranger, de forma majoritária e desnecessária, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas externalizações, de forma, portanto, nitidamente desproporcional (STF, 2015, p. 40).

Gilmar Mendes abordou em seu voto as alternativas à criminalização, tendo em vista o contexto mundial, trazendo exemplos de diversos países que optaram pela descriminalização da posse e do uso de drogas e obtiveram sucesso (STF, 2015, p. 40).

Em 2009, na *Commission on Narcotic Drugs*, foi elaborado o Plano de Ação da ONU, que previa a elaboração de mecanismos de descriminalização do uso de droga, de acordo com as particularidades de cada país. Sendo assim, é necessário que se faça essa abordagem sob a perspectiva constitucional, para que se possibilite novas abordagens sobre a matéria (STF, 2015, p. 40).

A discussão mundial em relação a qual modelo é mais adequado para que a política de drogas seja eficiente é algo que vem ganhando muita força e destaque.

A alternativa ao proibicionismo mais adotada atualmente é a da descriminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, medida essa que, já é adotada por diversos países europeus, como exemplo de Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa. A maioria desses países passaram a estabelecer apenas sanções administrativas para a posse destinada ao uso próprio (STF, 2015, p. 40).

O exemplo de Portugal é conhecido mundialmente por ser considerado o mais efetivo e coerente. A descriminalização em Portugal ocorreu em 2001, com isso, foram adotadas medidas alternativas como, restrição do exercício de determinadas atividades, multas e o encaminhamento para tratamento (STF, 2015, p. 40).

O usuário que é flagrado com entorpecentes para o consumo próprio, tem a droga apreendida e é notificado a marcar presença em uma das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, vinculadas ao Ministério da Saúde e competentes pela operacionalização da Lei da Descriminalização (Lei nº 30/2000), anteriormente citada no presente trabalho (STF, 2015, p. 41).

As comissões são compostas por profissionais da área de saúde, assistência social, psicologia e direito, acolhendo os usuários que são notificados e realizam uma avaliação com rigor em relação ao seu consumo particular de drogas e suas necessidades psicossociais, aproximando os consumidores de entorpecentes, cada vez mais, dos serviços de saúde (STF, 2015, p. 41).

O presidente do Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT), João Goulão, fez uma análise da eficácia da Lei 30/2000, e afirma que os resultados foram positivos. No momento da análise, a Lei vigorava há 10 anos, portanto, nesse período relativamente curto, foi comprovada o sucesso da descriminalização do consumo de drogas em Portugal (STF, 2015, p. 41).

Afirma o presidente João Goulão que, atualmente, tem-se 40 mil (quarenta mil), toxicodependentes em tratamento em Portugal, sendo um número recorde para o país (STF, 2015, p. 41).

É constatado que, 10% dos toxicodependentes em tratamento são usuários de maconha. Afirma-se que, antes da descriminalização do porte para consumo pessoal, os consumidores de “cannabis” não iam para o tratamento e, agora, após os comparecimentos as comissões e contato com os profissionais na área, entendem as consequências que o uso da substância tem para a saúde e aceitam o tratamento de forma voluntária (STF, 2015, p. 42).

Outro fato importante, foi que, em 10 anos, se verificou uma redução do consumo de drogas ilícitas, entre os jovens de 15 a 19 anos (STF, 2015, p. 42).

Sendo assim, percebe-se que Portugal é um exemplo mundial para todos os países, tendo em vista os resultados positivos que o país obteve após a descriminalização do porte para o uso das drogas ilícitas.

Ante ao exposto, importante frisar que, em muitos países, abrangendo aqueles que o porte para o consumo próprio ainda é criminalizado, a diferenciação entre uso e tráfico é realizada a partir de critérios objetivos, em sua maioria, com relação ao peso e natureza da droga em questão. É estabelecido, para cada tipo de droga, um limite máximo de peso, sendo o usuário que for apreendido dentro desse limite, considerado um usuário (STF, 2015, p. 42).

Portanto, é necessário trazer a relação das medidas alternativas à criminalização, adotadas pelos países em que o porte para o uso próprio não é mais criminalizado, com os critérios de diferenciação entre o uso e o tráfico da droga (STF, 2015, p. 42).

Segue, abaixo, a lista elaborada a partir dos dados extraídos pelo *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho (CEDD)* e pelo *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiction*.

Quadro 1 - Quadro normativo das alternativas à criminalização e critérios de distinção entre uso e tráfico

PAÍS	ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO	CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO
Argentina	Sem medidas administrativas	Interpretação do juiz
Bolívia	Tratamento compulsório	Uso equivalente a 48 horas de consumo
Chile	Medidas administrativas	Interpretação do juiz
Colômbia	Sem medidas administrativas	20g de maconha, 5g de haxixe, 1g de cocaína
Equador	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de pasta base de cocaína
Paraguai	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de cocaína, heroína e derivados de opiáceos
Peru	Tratamento compulsório	8g de maconha, 5g de pasta de cocaína, 250g de <i>ecstasy</i>
Uruguai	Sem medidas administrativas	40g de maconha por mês
Costa Rica	Sem medidas administrativas	Interpretação do juiz
Honduras	Internação compulsória	Interpretação do juiz
Jamaica	Somente <i>cannabis</i> Sem medidas administrativas	2 onças (cerca de 57 gramas) de maconha, 2.8g de cocaína, heroína e morfina

México	Sem medidas administrativas	5g de <i>cannabis</i> , 2g de Ópio, 0.5g de cocaína
Alemanha	A lei permite a não instauração de processo criminal	Entre 6 e 15g de maconha (14 Estados fixaram em 6g). Cocaína e heroína 1 a 2g (prática judicial)
Bélgica	Apenas <i>cannabis</i> Sem medidas administrativas	3g de resina ou da erva
Espanha	Medidas administrativas	25g de haxixe, 100g de <i>Cannabis</i> , 3g de heroína e 7.5g de cocaína
Holanda	Sem medidas administrativas	5g de maconha, 0.5g de cocaína
Itália	Medidas administrativas	1g de THC, 0.25g de heroína e 0.75g de cocaína
Lituânia	Medidas administrativas	5g de maconha, 0.2g de heroína e 0.2g de cocaína
Luxemburgo	Apenas <i>cannabis</i> . Medidas administrativas	Interpretação do juiz
Portugal	Medidas administrativas	25g de maconha (equivalente a 10 doses diárias), 1g de <i>ecstasy</i> e 2g de cocaína
Países Baixos	Sem medidas administrativas	5g de maconha e 0.5g de heroína ou cocaína
República Checa	Medidas administrativas	15g de maconha, dependendo da pureza, 1g de cocaína, 4

		tabletes de <i>ecstasy</i>
--	--	----------------------------

Fonte: Voto do ministro relator Gilmar Mendes no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659 baseado nos estudos do *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho (CEDD)* e pelo *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiction* (STF, 2011, *on-line*).

A partir da análise da tabela acima, se constata que, a adoção de critérios objetivos para a distinção entre o uso e o tráfico, baseados no peso e na natureza da droga apreendida, e em determinados casos, até em seu grau de pureza, é medida muito eficaz no tocante a políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes (STF, 2015, p. 45).

Gilmar Mendes (STF, 2015) reconhece que, não se pode partir de um modelo referência de determinado país, pois percebe-se uma distinção entre os números máximos estabelecidos por cada país, sendo resultado da particularidade de cada local, relacionada ao padrão de consumo e objetivos específicos.

Sendo assim, é necessário que se faça um estudo sobre as peculiaridades existentes no Brasil, para que se possa adotar critérios objetivos de distinção do uso e do tráfico, de forma que se adeque as necessidades e objetivos do país.

Dando provimento ao RE 635.659/SP, o ministro relator determinou que fosse declarada a inconstitucionalidade, sem a redução do texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma que afaste do dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, restando-se mantidas, até a implementação de legislação específica, as medidas já ali previstas, com natureza administrativa (STF, 2015, p. 54).

Conferiu, de forma lógica, a interpretação de acordo com a Constituição dos artigos 48 e 59, parágrafos 1º e 2º, deixando claro que o autor do fato deverá ser apenas notificado a comparecer em juízo, e do art. 50, caput, da Lei 11.343/06, tendo em vista que nas prisões em flagrante por tráfico de drogas, o preso deve, como pressuposto de validade da transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser apresentado ao juiz no momento da prisão (STF, 2015, p. 55).

Decidiu também sobre a absolvição do réu em razão da atipicidade da conduta por ele praticada. Por fim, determinou que o Conselho Nacional de Justiça tome providências, com a finalidade de cobrar medidas relacionadas as mudanças na política de drogas proferidas no voto, com objetivo de que sejam incorporadas à realidade do sistema (STF, 2015, p. 55).

4.3.2 Voto do Ministro Luiz Edson Fachin

Em sequência ao julgamento, o ministro Luiz Edson Fachin se utilizou do pedido de vista aos autos, com intuito de maximizar seus conhecimentos acerca do tema da inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal, tendo em vista todas as consequências que a sua decisão poderia proporcionar.

Após o devido aprofundamento nos estudos, o ministro analisa o controle de constitucionalidade de normas penais, se baseando na jurisprudência alemã, ressaltando o princípio da reserva legal, que deve ser interpretado como princípio da reserva legal proporcional, abarcando três níveis de controle de constitucionalidade, sendo eles: O controle de evidência; o controle de justificabilidade; e o controle material de intensidade (STF, 2015, p. 1).

O ministro entende que, os crimes de perigo abstrato, como os diversos tipos previstos na Lei 11.343/2006, são detentores de presunção absoluta a respeito da sua periculosidade, por isso, existe uma relação frágil entre esses delitos e o princípio da ofensividade. Após a ponderação entre os princípios, se torna válido, pelos precedentes da Corte Suprema, ocorrer o controle de constitucionalidade sobre a tipificação de crimes de perigo abstrato (STF, 2015, p. 2).

Importante frisar a diferença entre os votos proferidos pelo ministro relator Gilmar Mendes e pelo ministro Fachin, tendo em vista que o voto do ministro relator foi no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do porte de qualquer tipo de droga para uso próprio, já Luiz Edson Fachin, proferiu seu voto declarando a inconstitucionalidade da criminalização da posse da maconha para consumo pessoal, sem abarcar outros tipos de entorpecentes. Afirmou o ministro que, o RE 635.659/SP, trata diretamente da posse da maconha e não de outras substâncias, por isso se preferiu ater a inconstitucionalidade somente do porte da referida droga (STF, 2015, p. 2).

Em prosseguimento ao voto, o relator frisa que, mesmo que ocorra a mudança de tratamento legal para o usuário de drogas, tornando a conduta como não criminosa e mantendo a conduta de traficância como crime, é bem possível que se resulte em uma potencialização do tráfico de drogas, tendo em vista que o mercado de consumo iria se ampliar, pois o usuário iria se sentir dotado de segurança jurídica para portar seus entorpecentes e consumi-los. Afirmo o ministro

que, “a dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante” (STF, 2015, p. 3).

É nítido que, em termos de representatividade, a nova Lei de Drogas traduz uma nova política na seara dos entorpecentes. Portanto, a conservação da proibição do tráfico, de forma concomitante com a descriminalização do porte de drogas, mesmo que se tenha uma falta de dados indisputáveis acerca do tema abordado, apenas garante um incentivo ao tráfico ilícito de substâncias proibidas, podendo ser pelo fator lucrativo que isso traria, ou pela expansão dos dependentes da droga (HASSON, 2015, p. 156).

A discussão se baseia no dispositivo contido pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, no qual tipifica a conduta de: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, sendo essas, ações já julgadas com cunho criminoso pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, na referida lei, não é definida a espécie de droga, devendo se observar o artigo 66, para ato legislativo que não existe atualmente e para o ato complementar, que já fora realizado pelo Poder Executivo, através do Ministério da Saúde. Portanto, se pode afirmar que, a “droga” tipificada é regulamentada a nível jurídico de portaria (STF, 2015, p. 3).

É necessário esclarecer que, a utilização de drogas pode gerar graves transtornos e prejuízos psíquicos e físicos, podendo até acarretar a morte da pessoa que é viciada. Se pode afirmar que, existem associações que relacionam o uso de drogas com a prática de condutas delituosas, para o mantimento do eventual vício (STF, 2015, p. 3).

Porém, ainda que o tema seja relacionado a esses acontecimentos, também se dispõe acerca da liberdade, da autonomia privada e dos limites de interferência do estado sobre o indivíduo, invocando três principais argumentos que não dependem um do outro, para aplicar a pena pelo uso próprio de entorpecentes, sendo eles: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por último, um argumento de defesa da sociedade (NINO, 1989, p. 423).

O referido autor faz essa sistematização acerca dos argumentos. A criminalização da posse de drogas para consumo próprio, é fundamentada em um argumento perfeccionista, quando explica o condicionamento penal do uso com base na reprovação moral desse ato. É fato notório que, a utilização de entorpecentes é vista como um comportamento moralmente reprovável e, em resposta a isso, tem o Estado o dever de combater penalmente essa atitude. Ou

seja, esse perfeccionismo tem a finalidade de impor ao indivíduo uma padronização de conduta individual, formulando um conceito, a priori, de moral privada, individual, que se considera adequado e dotado de dignidade (STF, 2015, p. 3).

Ante ao exposto, as regras não podem implicar em um modelo de virtude pessoal, muito menos julgar as condutas de um indivíduo por suas atribuições sobre a construção do caráter do próprio cidadão, mesmo que as regras proibam que a atitude do indivíduo viole bens jurídicos de terceiros (NINO, 1989, p. 425).

Portanto, os estereótipos de ser humano perfeito que abarcam a moralidade individual, não podem ser implicados pelo poder estatal, e sim pela capacidade de desenvolvimento livre de cada cidadão, sendo meramente respeitada a escolha individual de cada pessoa. Isso seria a liberdade fundamental que configura a autonomia privada de cada indivíduo (NINO, 1989, p. 425).

Sendo assim, a criminalização da posse de entorpecentes para consumo próprio, se além também ao argumento paternalista, explicando o condicionamento penal do uso fundamentado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que o objetivo penal deveria gerar. O argumento paternalista, não tem intuito de pregar um estilo de vida perfeito, como é no perfeccionismo, mas sim, com a finalidade de proteção dos cidadãos diante dos prejuízos que o uso de entorpecentes pode acarretar. Porém, o papel do Estado é questionável, quando o interesse é a proteção do sujeito, mas percorre o meio de reprovar o cidadão penalmente (NINO, 1989, p. 431-432).

Em relação ao uso de entorpecentes, a proteção do indivíduo das consequências negativas relacionadas ao uso da substância, se faz exigente que a informação seja veiculada da forma devida para toda a população, por exemplo, com a criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde dos viciados em drogas, campanhas direcionadas a educação e de prevenção dos usuários, desestimulando a sociedade para que não utilizem drogas em geral, porém, jamais uma reprovabilidade penal pela conduta meramente autodestrutiva do agente (NINO, 1989, p. 431-432).

A partir disso, criminalizar a posse de drogas para consumo particular, esbarra em um argumento de defesa da sociedade, quando é justificada a condição penal do uso para proteger o restante da sociedade, os terceiros, que podem ou não sofrer consequências das condutas de quem faz consumo de entorpecentes. Entretanto, para prevenção e reprovação das possíveis ações que extrapolam o

comum dos viciados, o Direito Penal já fornece outras penalidades. O viciado em drogas que pratica o crime de roubo ou furto para manutenção do seu vício, deverá incidir nas penalidades previstas pelo cometimento das ações delituosas de roubo ou furto, e não pelo simples fato da utilização da substância ilícita (NINO, 1989, p. 436-438).

Importante ressaltar que, as ações que podem trazer malefícios a terceiros são derivadas do uso de drogas, não a ação de utilizar entorpecentes por si só. Em tese, as condutas supervenientes que podem ocorrer em consequência do uso, já são previstas pelo Código Penal. Portanto, a diferenciação entre condutas particulares e condutas que podem ferir a moral pública por violação aos bens dos demais cidadãos é insustentável, tendo em vista que, qualquer conduta, seja ela particular ou pública, tem a possibilidade de resultar em outra conduta abominável (NINO, 1989, 436-438).

Portanto, a criminalização da posse de droga para uso pessoal caracteriza a obrigação de um cumprimento da moralidade particular, que representa uma proteção que extrapola o senso comum, não protegendo e nem prevenindo que o cidadão de bem utilize drogas, resultando numa inverdade no tocante a prevenção social, já que existem soluções penais estabelecidas para as possíveis ações com teor ofensivo que o usuário da substância pode praticar. Resta-se claro que o legislador brasileiro se utilizou da anteposição do Estado sobre o indivíduo no momento da criação do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (STF, 2015, p. 5).

Nesse contexto exposto, se compreende que a autodeterminação individual é uma área de privacidade, liberdade e intimidade, na qual o poder estatal não pode intervir, a não ser que haja a violação do bem jurídico de terceiros, hipótese que tornaria legítima a interferência do Estado para punir tal comportamento (STF, 2015, p. 5).

Sobre a intervenção do Direito penal na seara privada do indivíduo, explana de forma brilhante Zaffaroni (2013, p. 95):

(...) todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

Em relação ao conceito, do que se deve compreender por âmbito privado do sujeito, importante trazer o posicionamento de Luís Greco (2010, p. 91):

O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros. (...). Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada: daí porque se pode falar de um conceito secundário de privacidade. A esfera privada é, nessa perspectiva, aquilo que resta depois que se subtraem as afetações a terceiros: daí o caráter residual do conceito” (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).

A partir das análises doutrinárias supracitadas, é nítido que a constitucionalização do direito penal, abrange de forma direta o controle de constitucionalidade das situações de criminalização primária, que resultam na formulação de tipos penais e incriminação das ações pela legislação (STF, 2015, p. 6).

Dando continuidade ao voto, o ministro afirma que, em relação ao crime sobre o porte de entorpecentes para consumo próprio, pode-se falar sobre duas vias de tensão e tendencial colisão, que advém da política proibicionista das drogas. Rotas de tensão que seria entre o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato e entre o direito à intimidade e à vida privada (STF, 2015, p. 6).

Necessário a abordagem dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade por meio do exame de legalidade em devida proporção com o controle material de intensidade. Ambos os princípios foram trazidos pelo ministro relator Gilmar Mendes e utilizados por Fachin, como meio mais plausível para examinar o problema do Recurso Extraordinário 635.659/SP (STF, 2015, p. 6).

Ante ao exposto, é compreensível que o princípio da lesividade e da teoria do bem jurídico, abarque as possibilidades necessárias para determinar se a responsabilidade penal é realmente a medida ideal para restringir a liberdade individual do sujeito, analisando se a intervenção penal é realmente inconstitucional, caso realmente enseje a lesão ou ameaça de perigo a bens jurídicos de terceiros (STF, 2015, p. 8).

De acordo com o ministro, as condutas delituosas tipificadas na Lei de Drogas, são crimes perigosos, pois a própria conduta é incriminada. Em observância a conduta da pessoa que possui a droga, faz-se necessário uma avaliação se essa conduta irá resultar ou não em um dano concreto, ou seja, o que é punido é a conduta em si e não o resultado proferido por ela. A legitimidade de um fato criminoso de perigo abstrato, é uma imposição estatal como forma de proteção ao indivíduo, que ele mesmo deveria assumir (STF, 2015, p. 10).

Portanto, o tema do recurso engloba a dúvida de se é legítima ou não essa imposição obrigatória do dever de proteção estatal. O controle de constitucionalidade proferido pelo ministro tem como finalidade a identificação, se a criminalização da conduta é justificada ou razoável, decidindo que, em análise estrita dos autos, é possível concluir que a lei penal não é justificada nem razoável (STF, 2015, p. 12).

A partir da análise dos dados trazidos pelo Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), sobre todos os presos por tráfico de entorpecentes, fora constatado que existe uma grande quantidade de situações que envolvem o porte da maconha para consumo próprio e da ideia de que o consumo da substância resulta em prejuízos para o cidadão, entende-se que o sujeito que faz uso da maconha deve ser tratado pelo Estado como um doente e não como um criminoso (STF, 2015, p. 14).

O consumo pessoal de drogas, sendo ilícito ou lícito, resulta em malefícios a saúde de quem as utiliza, tendo em vista que acarreta dependência psíquica ou física do usuário e permeia sobre a incapacidade do usuário de se livrar do próprio vício, sendo assim, o tema deve ser combatido através de políticas públicas, investimentos em saúde pública e não com intervenções penais (STF, 2015, p. 14).

Em consonância com esse entendimento, entende-se que, o usuário em sua condição de cidadão brasileiro, no momento que necessitar de tratamento para se livrar do vício, é obrigação do Estado fornecer os meios necessários para essa finalidade, tendo em vista o art. 196 da Constituição Federal de 1988, que versa sobre o direito à saúde do cidadão. Com isso, ressalta-se que o poder estatal já se utilizou de medidas para tratamento de viciados em crack, como exemplo, o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, que fora criado em 2010, com o objetivo de prevenir o uso da droga, fornecer tratamentos necessários e visando a reinserção social do viciado e combatendo o tráfico ilícito de Crack (STF, 2015, p. 15-16).

Nesse sentido, frisou que a ação estatal em relação ao uso de entorpecentes, deve ser por meio de políticas públicas, de educação, informação, zelo pela saúde do usuário e jamais através de uma intervenção penal. Assim, o Estado deve ter como foco principal a recuperação desse viciado e dependente químico, se atentando mais as crianças e adolescentes que estão em processo de formação da personalidade (STF, 2015, p. 16).

Por fim, Edson Fachin (STF, 2015, p. 18-19) deu provimento parcial ao recurso para: (i) declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, sem redução de texto, mas apenas para casos que envolvam maconha; (ii) manter a proibição da posse e do uso de drogas ilícitas; (iii) manter a criminalização de condutas relacionadas à produção e comércio da cannabis e declarar a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação até que sobrevenha regulação legislativa sobre o caso específico da maconha; (iv) atribuir ao Poder Legislativo a regulação de parâmetros voltados a diferenciação entre o usuário e traficante a partir de quantidades mínimas de droga apreendida, e ao Poder Executivo a elaboração e a execução de políticas públicas e critérios provisórios de diferenciação em até 90 (noventa) dias a contar da data do julgamento; (v) absolver o recorrente; (vi) propor a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a fim de manter e ampliar a discussão do tema com pessoas e entidades que possuem experiência na matéria para que as referidas possam acompanhar as consequências da deliberação do caso no STF.

4.3.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Até o presente momento, Luís Roberto Barroso foi o último ministro a proferir seu voto no Recurso Extraordinário 635.659.

O ministro seguiu a linha de pensamento de Luiz Edson Fachin, afirmando que o caso em julgamento, que recebeu a repercussão geral, é do porte de 3 gramas de maconha, por isso, a droga ilícita em julgamento é a maconha e o voto vai se ater a essa substância (STF, 2015, p. 1).

De início, importante fazer uma distinção entre os termos Descriminalizar, Despenalizar e Legalizar. Descriminalizar é deixar de tratar a conduta como crime. Despenalizar é deixar de prever sanção privativa de liberdade, punindo com outras medidas, sendo o sistema que vigora atualmente. Legalizar é quando a conduta se torna um fato normal para o direito, sendo incabível qualquer tipo de sanção, mesmo que administrativa (STF, 2015, p. 1).

No tocante a interpretação constitucional, pode-se afirmar que é um exercício que vai da proteção dos direitos fundamentais ao pragmatismo jurídico. Os direitos fundamentais são considerados uma garantia mínima de justiça aplicável a todos os indivíduos, limitando o legislador. E do pragmatismo jurídico, que tem como

finalidade a solução que seja melhor para a sociedade. Os dois critérios de análise chegariam a mesma conclusão no caso concreto (STF, 2015, p. 2).

O ministro trouxe premissas fáticas e filosóficas em seu voto, afirmando que o consumo de drogas ilícitas é uma coisa ruim, em especial das que são consideradas como mais lesivas, entendeu também que a guerra às drogas fracassou e encarou que é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira (STF, 2015, p. 2-3).

O Estado tem o papel de desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico. Após mais de 40 anos da política proibicionista das drogas, a realidade é de consumo com crescimento constante, do aumento do poder do tráfico e do não tratamento aos dependentes em virtude da criminalização da maconha. Sendo assim, persistir no que não tem sido eficaz, é uma maneira de escapar da realidade (STF, 2015, p. 3).

Para Luís Roberto Barroso é necessário que o tráfico seja combatido de forma imediata, para isso, o único meio plausível é regular a produção e distribuição da droga, visando enfraquecer diretamente o tráfico. O ministro trata a luta contra o tráfico como prioridade principal (STF, 2015, p. 4).

Em seguida, a prioridade secundária é que as cadeias não sejam superlotadas com jovens primários e pobres, usuários ou até mesmo, pequenos traficantes, tendo em vista que eles não representam risco a sociedade e, na prisão se aliam a facções e quadrilhas e acabam saindo piores do que entraram, com um rótulo de criminoso que quando se configura, é considerado uma profecia que se auto-realiza (STF, 2015, p. 4).

A prioridade final é o usuário de droga. A pessoa que usa a substância ilícita não deve ser considerado um criminoso, como é considerado atualmente pela nossa legislação. O usuário deve ser tratado como um ser humano que se submete voluntariamente a um comportamento de risco, em um mero exercício de sua autonomia individual. E o risco não é fundamento para a criminalização e nunca foi, ou diversas atividades deveriam ser consideradas crime, como o mergulho submarino ou o alpinismo (STF, 2015, p. 4).

Segundo Luís Roberto Barroso, no supracitado Recurso Extraordinário (STF, 2015, p. 4-6), existem três razões pragmáticas para a descriminalização, sendo elas: O fracasso da política atual, o alto custo para a sociedade e, que a criminalização afeta a proteção da saúde pública.

É constatado por dados que a política atual de guerra às drogas fracassaram, a criminalização e repressão fortaleceram o crime organizado e produziram um imensurável mercado negro. No mesmo sentido, o tráfico ganhou muito poder, seja o tráfico de drogas e até mesmo o tráfico de armas, tendo em vista a disputa territorial que ocorre entre as grandes facções do país.

É curioso que, nos 40 anos de proibicionismo da política atual de drogas, o consumo de drogas ilícitas aumentou, inclusive o da maconha. Já o consumo de tabaco, por exemplo, foi reduzido de forma considerável. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em 1984, 35% dos adultos fumavam cigarro. Em 2013, 15% dos adultos consumiam cigarro. Sendo assim, conclui-se que a informação e advertência sobre os malefícios do uso da droga resultam, a médio prazo, resultados melhores do que a criminalização (STF, 2015, p. 5).

No tocante ao alto custo para sociedade, desde a vigência da Lei 11.343/2006, ocorreu um aumento exponencial do encarceramento por crimes relacionados ao uso e tráfico de drogas, subiu de 9% para 27%. Atualmente, 63% das mulheres que se encontram presas foram por crimes relacionados às drogas, sendo assim, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens estão presos no Brasil por tráfico de drogas (STF, 2015, p. 5).

De acordo com o Departamento Penitenciário (Depen), cada vaga no sistema penitenciário equivale a R\$ 43.835,20. Sendo o custo mensal de cada preso no valor de R\$ 2.000.

Outro fato associado ao encarceramento relacionado às drogas é de que, jovens primários, sem maus antecedentes, são encarcerados em conjunto com “bandidos ferozes” e se transformam, em curto tempo, em verdadeiros criminosos que representam risco para a sociedade. Importante ressaltar que, o índice de reincidência desses jovens é superior a 70% (STF, 2015, p. 5).

A partir disso, como a Lei de Drogas não prevê critérios objetivos para distinguir usuário de traficante, a consequência prática disso é que, “ricos com pequenas quantidades são usuários e pobres são traficantes” (STF, 2015, p. 5).

Ora, é nítido que essa é a realidade atual do Brasil, a Lei 11.343/2006 não dá conta da complexidade do problema das drogas. A partir de um diagnóstico da Lei de Drogas, o que ocorre hoje no país é, o superlotamento das cadeias com jovens,

sem antecedentes, que portam quantidades pequeníssimas de droga, para que, eles saiam piores do que entraram.

A Lei 11.343/2006 é absolutamente irracional, discricionária, em que, aos milhares, acaba com a possibilidade de sucesso profissional desses jovens.

O objetivo do controle de drogas é a proteção da saúde pública, porém, percebe-se que a política de repressão penal demanda mecanismos cada vez mais rigorosos, que fazem com que os investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde, sejam deixados de lado (STF, 2015, p. 6).

O diretor do Viva Rio, Rubem César Fernandes afirma que, “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”. Sendo assim, a criminalização do porte para o consumo pessoal resulta na exclusão e na marginalização dos consumidores, impossibilitando o acesso aos devidos tratamentos. Conclui-se que, a criminalização não protege a saúde pública, muito pelo contrário, criminalizar as condutas relacionadas ao consumo da droga compromete a saúde pública (STF, 2015, p. 6).

Em seguida, Luís Roberto Barroso, entende que, existem três fundamentos jurídicos que legitimam a descriminalização do porte para o consumo pessoal de drogas ilícitas à luz da Constituição Federal de 1988 (STF, 2015, p. 7-9).

O primeiro fundamento jurídico à luz da Constituição é o de violação ao direito de privacidade. Sustenta-se que, o indivíduo possui um espaço na vida privada que não deve sofrer interferências alheias, seja de terceiros ou do Estado. O que o ser humano faz na sua vida particular, dos seus hábitos pessoais a sua religião, devem permanecer na esfera de decisão pessoal, ainda mais, quando não lesiona o bem jurídico de outrem (STF, 2015, p. 7).

Luís Roberto Barroso, afirma de forma brilhante que:

É preciso não confundir moral com direito. Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DJe 20 de agosto de 2015, p. 8).

Ora, o exemplo supracitado é bastante esclarecedor, já que o ser humano pode realizar condutas, que derivam do exercício de sua intimidade e vida privada,

que não afetem o bem jurídico de terceiros, como o uso de drogas, em específico, o uso da maconha.

O segundo fundamento jurídico é de que existe a violação a autonomia individual, tendo em vista que, cada pessoa tem o direito de escolher o que quer para sua vida e, o Estado não pode intervir no tocante a autonomia individual do cidadão. Como exemplo, o Estado não pode decidir com quem você vai se casar, qual será sua religião ou que profissão você vai realizar, todos atos são decorrentes da autonomia do ser humano e não podem sofrer intervenção estatal (STF, 2015, p. 8).

Porém, é necessário ressaltar que, o Estado pode limitar a autonomia individual para defender os direitos da coletividade. Contudo, existem condutas que envolvem risco e não são criminalizadas, como anteriormente citada, a conduta do mergulho submarino. Pode-se fazer uma conexão em relação ao usuário de maconha, que faz uso da substância na sua casa ou em outro local privado, sendo assim, o indivíduo não viola direitos de outrem, muito menos fere qualquer valor social, nem mesmo a saúde pública (STF, 2015, p. 8).

Em seguida, Luís Roberto Barroso, conclui o pensamento da seguinte forma:

Note-se bem: o Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra, educar e advertir a população. Mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais. Para poupar a pessoa do risco, o Estado vive a vida dela. Não parece uma boa ideia ((BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DJe 20 de agosto de 2015, p. 8).

O terceiro fundamento jurídico é de que ocorre a violação ao princípio da proporcionalidade. Para que exista a limitação de direitos fundamentais, é necessário que seja uma limitação proporcional e, no caso da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, não pode-se afirmar que é uma restrição proporcional (STF, 2015, p. 9).

O princípio da lesividade, basilar do direito penal, está atrelado ao princípio da proporcionalidade. A conduta em questão não viola o bem jurídico da saúde pública, ou seja, sendo a saúde individual o bem jurídico violado pelo consumo da maconha, a intervenção Estatal é ilegítima (STF, 2015, p. 9).

O princípio da proporcionalidade abrange a verificação da adequação, necessidade e proveito da medida restritiva. Sendo assim, criminalizar o porte de

maconha para consumo pessoal não é a alternativa adequada ao objetivo finalístico do direito penal, que seria resguardar a saúde pública (STF, 2015, p. 10).

O ministro afirma que, a desproporcionalidade se caracteriza, de forma mais contundente, quando é relacionada ao custo benefício da criminalização, já que o custo é imenso, voltados para a repressão, para o sistema penitenciário, para as vidas dos jovens que são arruinadas nas cadeias e no poder do tráfico nas favelas. E o resultado da criminalização é exclusivamente o aumento exponencial do uso de drogas (STF, 2015, p. 10).

Por fim, Luís Roberto Barroso declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do parágrafo 1º, do artigo 28 da Lei 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do caput, “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” (BRASIL, 2006). Em razão da falta de um critério específico para delimitar o que é considerado pequena quantidade para consumo pessoal, o ministro propôs o parâmetro estabelecido no Uruguai, que é de 06 (seis) plantas fêmeas (STF, 2015, p. 10).

Em seguida, o ministro afirmou que as propostas apresentadas por Gilmar Mendes para a distinção do usuário e do traficante foram insuficientes, mesmo estando de acordo com todas (STF, p. 10-11).

Portanto, foi proposto um critério quantitativo para servir como base para os magistrados julgarem a demanda. Luís Roberto Barroso propôs a quantidade máxima para ser considerado usuário como 25 gramas, se baseando no modelo de Portugal. Afirmando que, não seria uma quantidade com efeito vinculante, pois o juiz poderia julgar diante do caso concreto, se entendesse que um usuário foi pego com uma quantidade superior a 25 gramas, ou se um traficante foi capturado com uma quantidade inferior a 25 gramas, tendo em vista os elementos probatórios (STF, p. 11).

Dentre os três votos analisados de forma crítica, conclui-se que todos os votos foram proferidos no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

O ministro relator Gilmar Mendes, em seu voto, declarou inconstitucional a criminalização da posse de toda e qualquer droga ilícita para o consumo pessoal. Já Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, se limitaram, tão somente, a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para o uso próprio, sob

argumento de que a maconha era a droga objeto do Recurso Extraordinário 635.659/SP.

Por isso, cumpre ressaltar que a descriminalização tão somente da posse ou porte da maconha, ensejará como efeito, ainda, a permanência da constitucionalidade da *lex* em questão, em relação aos outros tipos de drogas que são consideradas ilícitas pela Anvisa, o que iria resultar ainda na violação dos princípios e direitos constitucionais que os usuários possuem e que foram defendidos no presente trabalho.

Ora, não há sentido jurídico em distinguir as drogas na análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, pois, o que está em discussão é a possibilidade de punir a autolesão, não a portaria da Anvisa. Nesse aspecto, a potência da droga, que aumentar a gravidade da autolesão, não é relevante, já que o Direito Penal não pune nem mesmo a tentativa de suicídio.

Portanto, o entendimento utilizado neste trabalho segue a linha do voto do relator Gilmar Mendes, pois declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em sua totalidade, abrangendo todas as drogas ilícitas, afastando do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal.

Entretanto, este trabalho não concorda com a ressalva feita pelo ministro Gilmar Mendes, que, não obstante haver considerado a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, relativamente à ilicitude penal da conduta, salienta em seu voto a possibilidade de se reconhecer a ilicitude administrativa do comportamento em tela.

Deveras, com base nos fundamentos reiteradamente explicitados nesta pesquisa, a conduta da posse para o consumo de substância entorpecente não possui nenhum caráter ilícito, quer penal, ou administrativo. Com efeito, se o comportamento do indivíduo resultou de uma opção assentada na sua privacidade, não há razão jurídica alguma que justifique o reconhecimento da ilicitude de sua conduta, ainda que de caráter meramente administrativo.

Ademais, não é atribuição do poder judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, fazer “apelos ao legislador ou ao administrador” no sentido de punir o agente devido a uma escolha pessoal que integra a sua esfera íntima.

5. CONCLUSÃO

O indivíduo faz uso de drogas, lícitas ou ilícitas, desde o período pré-histórico. As finalidades com a utilização da substância entorpecente são diversas, sejam religiosas, medicinais ou culturais.

Ao longo deste trabalho, foi abordado a política proibicionista das drogas, desde seu surgimento, até os dias atuais. A partir do Decreto-Lei nº 385/68, art. 281, estudado neste trabalho, foi prevista de forma pioneira a punição para o porte de drogas destinado ao consumo pessoal, em consequência desta previsão, todos os outros diplomas criminalizaram esta conduta.

As drogas consideradas lícitas e ilícitas são relacionadas à moralidade da sociedade, sempre se atentando a adequação social. Constatou-se que, existem drogas que são consideradas ilícitas pela Anvisa, que são comprovadamente menos lesivas do que drogas que são consideradas lícitas, como exemplo da maconha, quando relacionada ao álcool e ao tabaco.

Sendo assim, com o advento da Lei 11.343/2006, o porte das drogas ilícitas para o consumo pessoal foi criminalizado, mesmo que não seja prevista a pena privativa de liberdade, a conduta é considerada crime atualmente. A partir de uma análise doutrinária profunda, entende-se que ocorreu, tão somente a despenalização ou descaracterização da conduta, mantendo sua natureza de crime.

O Supremo Tribunal Federal, entendeu que ocorreu a despenalização, porém, deixou claro que, a supressão da pena privativa de liberdade para as condutas relacionadas à posse de drogas para o consumo pessoal não desfigura a natureza penal das condutas ali descritas.

Em relação ao bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, evidenciou-se que é a saúde pública. Porém, o entendimento deste trabalho é de que a conduta tipificada pelo artigo 28 da *lex* em comento não viola a saúde pública, em verdade, diz respeito somente a saúde individual do usuário, por ser uma conduta autolesiva, portanto, a intervenção penal é ilegítima.

O Recurso Extraordinário 635.659/SP, que tem como pedido principal, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, possui como fundamento que inexistente qualquer desrespeito a pessoas ou bens jurídicos no simples consumo particular de drogas, além da arguição de violação dos princípios

constitucionais da intimidade e da vida privada, e do princípio da lesividade do direito penal.

Pontue-se que o Recurso Extraordinário 635.659/SP, pode ser considerado como o reflexo de entendimentos de diversos juízes que, utilizam o controle difuso sobre o artigo 28 da Lei de Drogas, reconhecendo a sua inconstitucionalidade pela violação aos princípios constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal de 1988 estabelece direitos e garantias individuais ao cidadão, como a soberania da autodeterminação de acordo com suas premissas, desde que não violem a esfera jurídica de terceiros.

O artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 viola diretamente os princípios que norteiam esses ditames, como o da intimidade e vida privada, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. A norma penal também viola os princípios da lesividade, proporcionalidade e intervenção mínima.

Desta forma, é necessário que ocorra a revisão da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, para que a conduta venha a se tornar lícita, e devidamente regulada por lei.

Conclui-se que deve ser declarada, com urgência, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em sua totalidade, em medida que afaste completamente todo e qualquer controle de natureza penal, tendo em vista que o controle penal é ilegítimo, já que a conduta viola diretamente princípios constitucionais e penais, além de não violar o bem jurídico tutelado pela norma, que é a saúde pública.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APONTE, Alejandro David. Despenalización Del Consumo mínimo de drogas em Colombia: uma aposta por la libertad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 5-26, abr./ jun. 1995.
- ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das Drogas**. 1ª. ed. São Paulo: Leya, 2012.
- ARGENTINA. **Ley 23.737, 21 de setembro 1989**. Código Penal. Buenos Aires, 1989 Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>. Acesso em mai. de 2021.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Ed. Método, 2007.
- BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARBOSA, Carlos Cezar. Crimes contra a saúde pública e contra as relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 10, v. 38, p. 231-243, abril-junho 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antônio García Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2009.
- BIANCHINI, Alice. Considerações iniciais. *In*: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei De Drogas: comentários à Lei nº 11.343. de 23 de agosto de 2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília: DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em ago. de 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 90, de 27 de agosto de 1964**. Aprova o texto da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada, em 21 de fevereiro de 1971, pelo Brasil. DF: Brasília, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-90-5-dezembro-1972-346309-norma-pl.html> . Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932**. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. RJ: Rio de Janeiro, 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília: DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm. Acesso em mar. de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. RJ: Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Brasília: DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em mar. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964**. DF: Brasília, 1964. Altera a redação do artigo 281 do Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. DF: Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em 21 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: DF, 1976. 21 de out. de 1976. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.895, de 11 de outubro de 1890.** Dá nova redação aos arts. 184 e 186 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. DF: Brasília, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6895.htm. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Webqualis. Sistema de consulta por título de periódico.* *Título: Lancet.* Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/veiculoPublicacaoQualis/listaConsultaGeralPeriodicos.jsf>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. **Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília: DF, 1998. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Brasília, DF. DJe, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF.** Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno. Brasília, DF. DJe, 29 mai. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF.** Relator: Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno. Brasília, DF. DJe, 06 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF.** Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno. Brasília, DF. DJe, 29 mai. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Brasília, DF. DJe, 27 abr. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90996/false>. Acesso em out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DJe 09 de dez. de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em mar. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DJe 20 de ago. de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em mar. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Voto dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Brasília, DJe 19 de set. de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em mar. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Brasília, DF. DJe, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420306/false>. Acesso em out. de 2021.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação especial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, Henrique. Transformações da palavra “droga”: das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo. In: VENÂNCIO, R. P.; CARNEIRO, H. (Org.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2005.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes Contra a Saúde Pública. In: ARANHA, Márcio Ioro (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf. Acesso em out de 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Martins. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COLÔMBIA. **Ley 30, del 5 de febrero de 1986**. Estatuto Nacional de Estupefacientes. Bogotá, 1986. Disponível em: <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1586799>. Acesso em mai. de 2021.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade: art. 162 do novo código penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAZOLLA, Eduardo Henrique de Freitas. **Apontamento sobre o artigo 28 da Lei de Drogas**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Presidente Prudente, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/821/798>. Acesso em out. de 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Corte Argentina descriminaliza a posse de drogas para uso pessoal. **Blog LFG**, nov. 2009. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090904201653376&mode=print. Acesso em de out. de 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos, prevenção, repressão: comentários à Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Luis. 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. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010.

HASSON, Felipe. **Drogas: Constituição, Democracia e Liberdade**. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: Parte especial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

JESUS, Damásio. **Lei Antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ. Editora: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbekian, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. São Paulo: JusPodivm, 2016.

LINS, EV. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. **Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas**. Salvador: EDUFBA, 2009. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em out. de 2021.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Boletim IBCCRI. São Paulo, out. 2012. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal-a-ilegitimidade-da-intervencao-penal. Acesso em set. de 2021.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 2, p. 13-24, set./dez., 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial, arts. 235 a 361 do Código Penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad.: Antônio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 71, mar./abr. 2008, p. 205-232.

NICASTRI, Sérgio. Drogas: classificação e efeitos no organismo. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Curso de prevenção do uso de drogas para educadores de escolas públicas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ariel, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUTT, David; KING, leslie D; PHILLIPS, Lawrence D. Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis. **The Lancet**, v. 376, p. 1558-1565, nov. 2010. DOI: 10.1016/S0140-6736(10)61462-6 .Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21036393/>. Acesso em out. de 2021.

PORTUGAL, **Lei n.º 30, de 29 de novembro de 2000**. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=186A0001&nid=186&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em out. de 2021.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito e Gestão, 2013.

PRADO, Daniel Nicory. De drogas e democracias. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim ano 20, Out. 2012. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4741-De-drogas-e-democracias. Acesso em mar. de 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÁNCHEZ, Maurício Martinez. La política antidrogas en Colombia y el control constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 48, p. 82-108, maio/jun. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O novo coronavírus e o Direito Penal. **Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/o-novo-coronavirus-e-o-direito-penal>. Acesso em ago. de 2021.

TAUNAY, Affonso de E. **História da Cidade de São Paulo**. São Paulo: Melhoramentos, 1953.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique (Orgs.). **Drogas e Cultura: Novas Perspectivas**. Salvador, EDUFBA, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16166>. Acesso em ago. de 2021.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1998.