

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

FONSECA, Luis Gustavo¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo pesquisar 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 criminais antidrogas. A proposta é fazer uma análise do artigo 28 da lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas. Este artigo trata das condutas relativas ao consumo pessoal de substância tida como droga, ou seja, substâncias entorpecentes e psicotrópicas sob controle especial da Portaria SVS/MS 344/98, que podem causar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O trabalho busca verificar a compatibilidade do artigo com a Constituição Federal, já que essa questão ainda se encontra pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral que questiona a constitucionalidade do referido artigo à luz do direito à intimidade e autonomia da vida privada, e diante dos princípios da lesividade e alteridade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Drogas, Inconstitucionalidade, Recurso Extraordinário.

ABSTRACT:

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF LAW 11.343 / 06: AN ANALYSIS UNDER THE APPROACH TO CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

The aim of this article is to investigate the conceptual assumptions and the general evolutionary lines that are around the theme related to drugs, especially about criminological studies and anti - drug criminal policies. The proposal is to make an analysis of article 28 of law 11.343 / 06, known as the Drug Law. This article deals with the conduct related to the personal consumption of substance as a drug, that is, narcotic and psychotropic substances under special control of Portaria SVS / MS 344/98, which may cause physical and psychic dependence, without authorization and in disagreement with legal determination or regulatory. The work seeks to verify the compatibility of the article with the Federal Constitution, since this question is still judgment pending by the the Federal Supreme Court (FSC), in Extraordinary Appeal 635.659 with general repercussion that questions the constitutionality of the said article in the light of Right to privacy and autonomy of private life, and to the principles of lesivity and otherness.

KEYWORDS: Drug Law, Unconstitutionality, Extraordinary Appeal

1. INTRODUÇÃO

A criminalização das condutas elencadas no artigo 28 vem sendo um problema social há tempos, pois quando acontece o flagrante do usuário que está na posse de substância classificada como droga, conforme a legislação específica vigente, o mesmo poderá sofrer penalidades e terá

1 Luis Gustavo da Fonseca. Acadêmico do Curso de Direito. E-mail: luisgustavo.direito@gmail.com

iniciada a sua ficha criminal. Sendo assim, existem duas correntes, uma que sai em defesa da descriminalização do porte para consumo próprio, considerando a análise de diversos fatores tais como econômico, sociais e culturais, concluindo ser esse problema de alçada da saúde pública e não criminal, ligada a ideia de inconstitucionalidade da norma, uma vez que afronta princípios constitucionais. Já a segunda corrente defende a criminalização sob o viés de tratar-se de possibilidade de perigo abstrato, considerando a proteção coletiva, alegando que a difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga, são razões que justificam a incriminação do art. 28 da lei que pune o porte de droga para consumo pessoal, não em função da proteção à saúde do agente, mas sim em razão do potencial lesivo que pode gerar à coletividade. Neste aspecto deve ser ressaltado que a lei não pune o consumo em si, já que não se encontram entre as condutas tipificadas no art. 28 as de usar, consumir. Sendo assim, o trabalho pretende fazer uma abordagem da inconstitucionalidade do artigo, com base na violação de princípios e garantias constitucionais que por falta da imposição de limites à lei penal e sob a égide da garantia da proteção à coletividade, vem sendo ignorados gerando inúmeros problemas.

É forte o entendimento da doutrina e também da jurisprudência que defende a inconstitucionalidade do artigo 28 que se referem ao consumo pessoal de drogas. Levando em consideração o funcionalismo, os institutos penais merecem interpretação valorada, tendo-se como guia hermenêutico mandamento de política criminal, principalmente aqueles ligados à intervenção mínima.

Sendo assim, para que um determinado fato seja considerado típico (sob o ângulo material), é preciso que haja a criação de um risco proibido relevante e que haja a ofensa a um bem jurídico alheio. É o que determina o princípio da lesividade, especialmente no que se refere a alteridade que legitima o Direito Penal.

Convivemos em um Estado Democrático de Direito e temos que nos submeter a princípios de criminalização das condutas. Sempre que uma lei é criada ou é mantida em vigor, ela necessariamente se submete aos princípios constitucionais e aos Princípios de Direitos Humanos, caso contrário será uma norma inconstitucional.

A pesquisa demonstra que porte para consumo pessoal de drogas não produz nenhuma lesão ao bem jurídico alheio. O usuário não cria um risco para qualquer valor juridicamente relevante,

especialmente para a saúde pública, pois o elemento subjetivo do tipo “consumo pessoal” demonstra que o único bem atingido é a saúde privada e o Estado não pode punir a autolesão.

Além do mais, a incriminação ofende direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente a intimidade e a liberdade individual. Uma norma infraconstitucional não pode ofender o ápice do ordenamento jurídico, criminalizando condutas que estão certamente amparadas por valores constitucionalmente relevantes.

Fazendo uma análise sob o aspecto do direito comparado é possível demonstrar que outras Cortes Constitucionais já discutiram sobre o exato tema retratado nessa pesquisa. Esse fato indica que a matéria extrapola os estreitos limites subjetivos deste caso penal, atingindo, de forma reflexa, toda a administração da justiça, eis que são milhares os casos submetidos ao Poder Judiciário e que tratam exatamente da infração inserida no artigo 28 da lei de Drogas.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 UMA ANÁLISE CORRESPONDENTE AO CONSUMO DE DROGAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1.1 Conceito, Contexto Histórico e a Evolução do Consumo

Primeiramente conforme Glossário de Álcool e Drogas, publicado pela Organização Mundial da Saúde em 1994, que define droga como:

Um termo de uso variado. Em medicina, refere-se a qualquer substância com o potencial de prevenir ou curar doenças ou aumentar o bem-estar físico ou mental; em farmacologia, refere-se a qualquer agente químico que altera os processos bioquímicos e fisiológicos de tecidos ou organismos. Portanto, droga é uma substância que é, ou pode ser, incluída numa farmacopéia. Na linguagem comum, o termo se refere especificamente a drogas psicoativas e em geral ainda mais especificamente às drogas ilícitas, as quais têm um uso não médico além de qualquer uso médico. As classificações (por exemplo: “álcool e outras drogas”) normalmente procuram indicar que a cafeína, o tabaco, o álcool e outras substâncias de uso habitual não médico sejam também enquadradas como drogas, na medida em que elas são consumidas, pelo menos em parte, por seus efeitos psicoativos. (p.57)

Sendo de fundamental relevância para que se possa compreender o relacionamento mantido entre o homem e as drogas, contextualizar historicamente a evolução do consumo de drogas - desde os primórdios até os dias de hoje, pois o consumo de drogas ainda provoca a preocupação de

grandes autoridades mundiais, em razão de seu alto potencial em causar dependências físicas e psíquicas. Apesar disso, engana-se quem supõe que tais substâncias são de origem recente e teriam surgido apenas atualmente. A existência das substâncias entorpecentes é concomitante à história da humanidade, que possui uma longa história de convivência com psicotrópicos. São utilizados há milênios, desde em ritos indígenas até em animadas festas romanas (LOPES, 2006).

Há cerca de cinco mil anos, no centro da África, uma tribo de pigmeus que saiu para caçar notou um estranho comportamento em javalis que se alimentavam de uma certa planta, perceberam que os animais, ao ingerirem aquelas plantas, ficavam mansos ou andavam desorientados. Um dos integrantes da tribo resolveu, então, provar aquele arbusto e gostou, recomendando-o para os demais colegas da tribo que também ficaram eufóricos com a sensação de entorpecimento. Logo, foram avisados por um curandeiro de que havia uma divindade dentro daquela planta. A partir de então aqueles nativos começaram a venerar o arbusto, passaram a realizar rituais que se espalharam por outras tribos, rituais estes que existem até hoje. Tal planta é a árvore conhecida como *Tabernanthe iboga*, usada para fins lisérgicos em cerimônias com adeptos no Gabão, Angola, Guiné e Camarões. Plantas como a *iboga*, são conhecidas a milênios pelo homem como sendo uma droga vegetal. (LOPES, 2006).

Em uma rápida pesquisa, não é difícil encontrar diversas informações sobre outras plantas entorpecentes, tal como a *Ayahuasca*.

Índios da bacia Amazônica tomam esse chá alucinógeno há mais de quatro mil anos. *Ayahuasca* quer dizer “vinho dos espíritos”, segundo eles, o chá dá poderes telepáticos e sobrenaturais sendo visto como uma divindade e servindo também ao prazer, pois, ao final dos rituais, muitos índios transam com suas parceiras. Atualmente este chá é tão divulgado na internet que existem até pacotes turísticos para o seu consumo, vendidos por entidades clandestinas (LOPES, 2006).

O Cacto peiote é outra planta milenar que produz efeitos alucinógenos. Depois da Guerra Civil Americana, os índios comanches e os navajos viveram uma terrível crise com o extermínio dos seus búfalos e os massacres que sofreram. Para amenizar a fase difícil, aderiram ao consumo religioso do Cacto peiote. Numa das cerimônias, chamada “dança fantasma”, os índios dançavam alucinados e diziam se comunicar com os mortos (LOPES, 2006).

Com o passar dos séculos foram sendo descobertas inúmeras outras plantas e substâncias capazes de alterar os sentidos dos seres que as consumiam, como, por exemplo, a hoje popular,

cocaína. Os espanhóis quando chegaram à América perceberam que os índios da região tinham adoração pela folha da coca. Passaram então a distribuí-la aos escravos a fim de estimular e aumentar a produtividade do trabalho. Acontece que os brancos também tomaram gosto pela coisa e as folhas foram parar na Europa no de 1863. Foi nessa mesma época que o químico alemão Albert Niemann isolou o alcalóide cloridrato de cocaína (LOPES, 2006).

Sigmund Freud, renomado psicanalista investigou o uso da droga. Achava que ela serviria como remédio contra a depressão e embarcou na experiência, até que um de seus pacientes, Ernst Fleischl, extrapolou e morreu de overdose. Freud, então, abandonou a droga. Naquela época, laboratórios faziam propaganda sobre a cocaína, alegando a cura para o pessimismo, o cansaço, e eliminando até mesmo a depressão. Para mulheres, prometiam vitalidade e formosura. Somente no começo do século XX é que políticos puritanos começaram a lutar pela proibição da droga, que praticamente desapareceu do país, retornando no fim da década de 1970, quando a cocaína refinada na Bolívia e Colômbia entrou nos EUA e, mesmo proibida, nunca mais saiu (PELLI, 2011).

A também popular *Cannabis Sativa* – mais conhecida nos dias atuais como maconha – é originária da Ásia Central. Estudos revelam ser ela consumida há mais de dez mil anos. Os primeiros sinais de seu uso medicinal datam de 2300 a.C., na China, em uma lista de fármacos chamada Pen Ts'ao Ching. Por volta de 2000 a.C. a *Cannabis* era considerada uma planta sagrada (LOPES, 2006).

A maconha foi trazida ao Brasil pelos escravos como uma forma de ligação com a terra natal. Foi cultivada com finalidade têxtil, inicialmente, sendo logo descoberto seus efeitos perturbadores e usados para tal. Na década de 1930, iniciou-se uma fase de repressão contra o uso da maconha no Brasil, sendo em 1933 feitos os primeiros registros de prisões pelo comércio ilegal de maconha. Em 1938, o Decreto-Lei nº. 891 do Governo Federal proibiu totalmente o plantio, cultivo, colheita e exploração por particulares da maconha, em todo território nacional (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS).

A partir de 1965, o interesse científico pela maconha ressurgiu por terem conseguido identificar a estrutura química dos componentes da droga, possibilitando a obtenção dos mesmos puros. Nos anos 90, começou a ser identificado usos terapêuticos os quais estão sendo comprovados por estudos científicos (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS).

O THC é uma substância química produzida pela planta da maconha, sendo essa a principal responsável pelos efeitos psíquicos da droga no organismo. Atualmente, a quantidade de THC encontrada na maconha é de aproximadamente 4,5%. A concentração de THC na maconha pode variar de acordo com o solo, o clima, a estação do ano, época de colheita, tempo decorrido entre a colheita e o uso (no México existe uma variação genética da maconha, a “sinsemilla” – sem sementes – que pode ter entre 7,5 e 24% de THC) (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS).

Hoje, há uma cultura em torno da droga *Cannabis* que se mantém com revistas especializadas, sites e organizações defendendo seu uso. A maconha possui até um torneio que ocorre anualmente na Holanda: a *Cannabis Cup*, que avalia a qualidade da droga proveniente de todos os continentes. O país, porém, não permite o livre comércio da erva. A droga pode ser vendida apenas em coffee shops devidamente regulamentados pelo governo e o limite é de apenas cinco gramas por pessoa ao dia. (LOPES, 2006).

Atualmente, graças às pesquisas recentes, a maconha, ou substâncias dela extraídas, é reconhecida como medicamento em pelo menos duas condições clínicas: reduz ou elimina náuseas e vômitos produzidos por medicamentos anticâncer e tem efeito benéfico em alguns casos de epilepsia (doença que se caracteriza por convulsões ou “ataques”). Entretanto, é bom lembrar que a maconha (ou as substâncias extraídas da planta) tem também efeitos indesejáveis que podem ser prejudiciais (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS).

A planta *Cannabis Sativa* foi reconhecida formalmente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) como uma planta medicinal. A medida foi publicada no Diário Oficial da União no dia 8 de maio de 2017. Não alterando as regras atuais para o consumo da planta no Brasil. A erva não está liberada para consumo em qualquer circunstância, porém é um novo passo na trajetória para o reconhecimento dos benefícios de sua utilização (DOU, 2017).

Um paralelo possível e sempre citado com a história das drogas é a trajetória dos medicamentos. As drogas legais que alteram a consciência estão sempre entre as mais vendidas mesmo com todas as exigências para a sua aquisição. O ansiolítico Rivotril, por exemplo, assegurou o segundo lugar na lista dos medicamentos mais vendidos no Brasil no ano de 2010 (DARELLA DE SOUZA, 2016).

Até meados do século XIX e início do século XX, não existiam em nosso arcabouço jurídico brasileiro leis que abordassem a questão das drogas. O Código Filipino - ordenamento jurídico

português que foi sucedido pelo Código Penal Brasileiro do Império de 1830 e possuía validade no território do Brasil Colônia - continha um item referindo-se ao uso e a posse de determinadas substâncias. Determinava que nenhuma pessoa poderia ter em casa - exceto os boticários - substâncias como ópio, rosalgar branco, vermelho ou amarelo ou solimão, listando estas substâncias, lembrando que a pena para quem as possuía seria o deporto à África (LOPES, 2006).

A partir de 1920 ocorreu então uma onda mundial de combate ao uso de determinadas drogas, o que foi agravado no Brasil com a substituição em 1932, da palavra “venenosa” pela expressão “entorpecente”, contida no artigo 159 do Código Penal vigente à época:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão celular por um a cinco anos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Com o advento da Lei 11.343/2006 houveram alterações significativas no tratamento penal do usuário e dependente químico, o art. 28 da atual Lei de Drogas, em substituição ao art. 16 da Lei 6.368/1976, determina que aquele que porta droga para consumo pessoal, ficará submetido às seguintes sanções: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Diante disso, houve a supressão da antiga previsão de pena privativa de liberdade, gerando uma polêmica acerca da natureza do novo dispositivo (BACH, 2017).

Trata-se de crime de infração administrativa ou de infração penal sui generis?

O Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a questão no Recurso Extraordinário n. 430105/RJ, em fevereiro de 2007, entendendo que o disposto no art. 28 tratou apenas de despenalizar a conduta, mas não de descriminalizá-la, em outras palavras: quem porta droga para consumo pessoal continua, efetivamente, cometendo crime (BACH, 2017).

Seguindo o entendimento do STF, o STJ entendeu que o art. 28 da Lei 11.343/2006 possui natureza jurídica de crime, apto a gerar reincidência e todos os seus efeitos (BACH, 2017).

2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Compreender que os valores mais caros à humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do

ordenamento, bem como reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico, justifica a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais arquitetada nos moldes atuais (MASSON, 2016).

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem - em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo - normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo, essencialmente, as ingerências destes na esfera jurídico individual, mas também porque - num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo - implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (MASSON, 2016).

Todo Estado possui uma Constituição, mesmo que em sentido amplo. Numa acepção ampla ou sociológica, a Constituição de um Estado é simplesmente uma forma de organizá-lo, representando sua lei fundamental e suprema, regendo a sua organização político-jurídica. O movimento político, ideológico e jurídico aperfeiçoa a ideia de estruturação racional do Estado e limita o exercício de seu poder, especialmente mediante a separação dos poderes (sistema de freios e contrapesos) (ALEXANDRINO, 2014).

Dessa forma, deve ser assegurado a enumeração de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, de modo que a interferência do Estado seja limitada na gerência da esfera privada. (ALEXANDRINO, 2014).

Nas palavras de José Afonso da Silva (2010) “o Direito Constitucional estabelece a estrutura do Estado, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e exercício do poder, bem como a limitação desse poder, por meio, especialmente, da previsão dos direitos e garantias fundamentais.”

Um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil trata da dignidade da pessoa humana, consagrando Estado como uma organização centrada, antes de mais nada, no ser humano, à míngua de qualquer outro referencial. A razão de ser não se funda na propriedade, em corporações, em classes, em organizações religiosas, muito menos no próprio Estado, mas sim na dignidade de existência da pessoa humana (ALEXANDRINO, 2014).

Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. Sendo vários os valores constitucionais que

decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, o direito à vida, liberdade, à intimidade, à honra e à imagem (ALEXANDRINO, 2014).

Nas palavras de Gilmar Mendes:

a expressão direitos humanos é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem (...) Já a expressão direitos fundamentais é utilizada para designar os direitos relacionados à pessoa, inscritos em textos normativos de cada Estado, que vigoram numa determinada ordem jurídica, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece (2007, p. 234).

2.3 DOS PRINCÍPIOS

2.3.1 Da Violação ao princípio da igualdade e isonomia

O princípio da igualdade e isonomia são direitos fundamentais de todos os indivíduos protegidos pela Constituição como cláusulas pétreas, sendo indisponíveis e irrenunciáveis pela sua importância. A Constituição Federal os erigiram não só como direitos individuais, mas também como objetivos fundamentais do nosso País, conforme dispõe o artigo 3º:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, 1988).

Entende-se por este artigo que rejeita qualquer forma de discriminação, objetivando a redução das desigualdades de qualquer natureza e o bem de todos sem nenhum tipo de preconceito e marginalização.

Já no seu art. 5º, caput, da CF/88 dispõe sobre a igualdade como direito individual e fundamental a todos:

Art. 5.º 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: [...]
XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

O constituinte originário preocupou-se em satisfazer a discriminação preconceituosa e colocou a igualdade como direito e garantia individual, tendo assim status de cláusula pétrea, não podendo se tornar mínimo ou abolido nem por emendas à constituição, e por óbvio, muito menos por uma lei.

Considera-se então que toda norma infraconstitucional que cria desigualdades injustificadas e arbitrárias sem amparo na Constituição Federal, cria, por isso, discriminações entre os indivíduos, devem ser consideradas inconstitucionais, por violarem o direito à igualdade e à isonomia preceituado na Constituição, observe como o ilustre doutrinador José Afonso da Silva trata do tema:

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. (2003, p.227-228).

Agora vejamos o art. 28 da Lei 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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 à 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.

A ofensa ao princípio da igualdade estaria configurada no instante em que se estabelece uma diferença de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, sendo que ambas têm capacidade de acarretar dependência física ou psíquica (TORRES, 2014).

Ensina Torres (2014) que a criminalização do porte de algumas drogas constitui flagrantemente uma reprovação por opção moral da pessoa que não segue o padrão exigido pelo Estado, é uma espécie de eliminação social dos desiguais, é uma estigmatização dos diferentes, ou seja, dos que fazem uso de certas drogas, já que usuários de álcool e tabaco entre outras são inclusive protegidos pelo direito do consumidor.

Sendo assim, o legislador ao tipificar a posse de drogas para consumo próprio criou uma distinção entre usuários de drogas ilícitas e os usuários de drogas lícitas sem qualquer justificação ou amparo na Constituição, mas sim com base apenas na moral, e há muito se sabe que direito e moral não se confundem (TORRES, 2014).

2.3.2 Da violação ao princípio da liberdade

O Direito à liberdade está preceituado na Constituição Federal, em seu artigo 5º e no artigo 4º da Declaração Universal de Direitos Humanos. É corolário para um Estado Democrático e de Direito. A nossa Constituição previu como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre e justa

O artigo 5º da Constituição Federal escolheu a liberdade como direito individual de todos, veja: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]”.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prevê em seu art. 4º que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

Nesse sentido, a ilustre Juíza Maria Lúcia Karam (2008) ensina que a proibição das drogas é inconstitucional, pois a liberdade individual é amparada pela Constituição. Em uma democracia, o Estado só pode intervir na conduta de uma pessoa quando ela tem potencial para causar dano a terceiro, e a decisão de consumir algum tipo de droga é uma conduta privada, não diz respeito a terceiros. No Estado Democrático de Direito qualquer proibição é uma exceção. A regra é sempre a liberdade individual.

Percebe-se que a liberdade é uma regra no ordenamento jurídico, um direito e garantia individual de todos, disposto na Constituição Federal, e o legislador ordinário em quaisquer dos ramos do Direito deve respeitar este princípio constitucional da liberdade.

Segundo afirma Pedroso (2004), toda ideia de Justiça está fundamentada na ideia de que os homens nascem livres e são livres para agir de acordo com sua vontade.

A ideia é relativamente simples: não faz sentido que o Estado intervenha na conduta de uma pessoa que livremente escolheu fazer uso de determinada substância sem atingir lesivamente terceira pessoa. Na lição de Friedman (2012) “é vergonhoso que o governo esteja na posição de converter pessoas que não estão ameaçando ninguém em criminosos”.

No entanto, desde a década de 1960 mantém-se uma injustificada guerra às drogas.

Como descrito por José Afonso da Silva:

O direito à liberdade, de acordo com o nosso sistema jurídico constitucional, assegura a cada pessoa a possibilidade de autodeterminação, ou seja, o poder de autonomia, pelo qual ela escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal, de acordo com a sua consciência, os seus valores e os seus interesses, desde que não atinja a esfera pessoal de terceiro (2011, p.233).

Quando o art. 28 da Lei de drogas pune o porte de drogas para uso próprio, há clara o abuso ao princípio da liberdade, visto que o uso pessoal de drogas diz respeito exclusivamente ao próprio indivíduo que está usando, também diz somente a sua liberdade de escolha de usar aquele tipo de droga, diz respeito a sua autonomia da vontade.

O legislador não pode vedar uma pessoa adulta em pleno exercício de sua liberdade de usar determinada droga porque ele meramente considera aquela droga ilícita, para que o legislador interfira na esfera de liberdade de uma pessoa deve haver um fundamento constitucional e legítimo para tanto, e no uso de drogas pessoal não existe nenhuma justificativa legítima.

Veja os ensinamentos da ilustre Juíza Karam:

A prevalência da tutela da liberdade sobre o poder de punir é a pedra de toque do ordenamento processual penal do Estado de direito democrático, estando na origem de todos os princípios garantidores enumerados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas (KARAM, 2007).

Segundo afirma Pedroso (2004), toda ideia de Justiça está fundamentada na ideia de que os homens nascem livres e são livres para agir de acordo com sua vontade.

Assim o art. 28 da Lei de drogas viola mais este princípio constitucional, o direito à liberdade, e por isso deve ser considerado inconstitucional.

2.3.3 Da violação ao princípio da intimidade e da vida privada

A privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida de modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia. Núcleo mais restrito do direito à privacidade e a intimidade compreende as relações e opções mais íntimas e pessoais do indivíduo, compondo uma gama de escolhas que se pode manter ocultas de todas as outras pessoas, até das mais próximas. Representa, pois, o direito de possuir uma vida secreta e inacessível a terceiros, evitando ingerências de qualquer tipo (MASSON, 2016).

A vida privada é mais abrangente e contém a intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais (MASSON, 2016).

Os direitos à intimidade e à vida privada também estão consagrados na Constituição Federal como direitos individuais e fundamentais, protegidos como cláusulas pétreas pelo art. 5º, inciso X, veja: “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).

André Ramos Tavares também explica que “Significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros” (TAVARES, 2010, p.670).

Em relação ao direito à vida privada Tavares leciona:

Não é tarefa simples a de distinguir a vida privada da intimidade. Pode-se dizer, basicamente, que a vida privada diz respeito ao modo de ser, de agir, enfim, o modo de viver de cada pessoa, em público. Em poucas palavras, importa em reconhecer que cada um tem direito a seu próprio estilo de vida. [...] A liberdade da vida privada envolve a possibilidade de realização da vida sem ser molestado por terceiros, sem ser agredido pela bisbilhotice alheia. Isso implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de imiscuir-se na vida privada ou de divulgar esta ao público (2010, p. 681-682).

José Afonso da Silva ensina que:

A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros (2003, p.207).

Uadi Lammêgo Bulos também comenta o tema:

[...] destituído de liberdade de ação longe da perturbação de terceiros, o indivíduo jamais pode dirigir-se por si mesmo, autodeterminando sua conduta e desenvolvendo sua personalidade.

[...] quando se fala em vida privada, termo derivado da expressão privacidade, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias (2008, p.147).

A intimidade e a vida privada comportam o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição. O direito de privacidade determina um espaço na vida particular das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outras pessoas ou até mesmo do Estado. O que um cidadão faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não estiver afetando a esfera jurídica de um terceiro. É preciso não confundir moral com direito. Existem coisas em que a sociedade pode achar ruim, 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 (MALUF, 2016).

Percebe-se pelos autores, que a vida privada e a intimidade do indivíduo são de grande relevo para um Estado Democrático de Direito, e mais, para a dignidade da pessoa humana, pois é com a autonomia de viver sua própria vida sem interferências do Poder Público que o indivíduo pode se autodeterminar e desenvolver sua própria personalidade.

Desta forma, a posse de drogas para uso pessoal se adapta perfeitamente aos conceitos de intimidade e vida privada, ou seja, o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343 de 2006, não prevê conduta além da intimidade e da vida privada do indivíduo, o que demonstra sua inconstitucionalidade por violar o art. 5º, inciso X da CF, já que não cabe ao Estado interferir na esfera privada do cidadão. Trata-se de respeito ao princípio da autonomia da vontade do cidadão o qual deve ser respeitado pelo Poder Público.

2.3.4 Da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana talvez seja o princípio de maior abrangência e importância da Constituição Federal é o alicerce para um efetivo Estado democrático de direito.

O art. 1º da CF já dispõe que: “[...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana” (CF, 1988). Assim, a dignidade da pessoa humana foi considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Imprescindível destacar os ensinamentos do Doutor e Mestre André Ramos Tavares sobre a dignidade da pessoa humana:

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios. O constitucionalista português Jorge Miranda observa: “A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”. Logo, qualquer causa que venha a cercear sua capacidade de decidir, sua vontade racional, estará vilipendiando o homem e, por conseguinte, a sua dignidade” (TAVARES, 2010, página 583-584, grifo nosso, MIRANDA, 1988, *apud* TAVARES).

Nesse aspecto o legislador, ao violar os princípios fundamentais da isonomia, igualdade, liberdade, intimidade e vida privada dos indivíduos, está violando por vias transversas também a dignidade da pessoa humana desses indivíduos, pois o que é uma pessoa sem sua liberdade de agir? Discriminada pela sociedade por ser diferente? Atingida e violada na sua vida privada? É uma pessoa sem dignidade.

Por isso, é absolutamente inconstitucional o art. 28 da lei de drogas por ferir mais este princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana.

2.3.5 Da violação ao princípio da lesividade /ofensividade

Luiz Flávio Gomes (2002) ensina que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola o princípio constitucional da lesividade, pois para o direito penal só deve ser relevante as consequências que afetam terceiras pessoas ou interesses alheios, não é possível admitir no plano constitucional a incriminação penal do porte de drogas para consumo pessoal quando a conduta não

ultrapassa a esfera privada do agente. Não se trata, portanto, de um tema de competência da justiça penal.

Na lição de Torres (2014), está sendo violado o Princípio da Lesividade, pois o legislador é proibido, por este princípio, de criar um tipo penal para punir exclusivamente a autolesão, e é exatamente esse o teor abstrato do tipo penal em discussão. O crime só pode existir quando houver lesão a bem jurídico de terceiros, ou seja, com alteridade, o que não acontece na criminalização abstrata primária do tipo do artigo 28 da Lei de Drogas.

A criminalização de uma conduta realizada no presente, sem qualquer carga de lesividade no campo da alteridade, objetivando coibir a possibilidade da ocorrência de prováveis danos futuros, decorrentes de uma hipotética conduta futura, certamente, viola o princípio constitucional da lesividade e é inadmissível em um Estado Democrático de Direito (TORRES 2014).

De acordo com Renato Brasileiro (2015), para muitos a opção pela criminalização do porte de drogas para consumo pessoal seria incompatível com a Constituição Federal, seja por transgredir o direito à intimidade e à vida privada (CF, artigo 5º, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, o autor defende que o porte de drogas para consumo pessoal em situações que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não atinge nenhum bem jurídico de outrem, dizendo respeito unicamente ao próprio usuário, à sua intimidade e às suas opções pessoais

Portanto, o Estado não está autorizado a penetrar no espaço da vida privada, é proibido de intervir em condutas de tal natureza, uma vez que o ser humano pode ser e fazer o que bem quiser, desde que não prejudique concretamente direitos de terceiros (BRASILEIRO, 2015).

Nilo Batista (2007), em sua obra “Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro”, citando Claus Roxin diz o seguinte:

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”. À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente — falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal (BATISTA, 2007 p. 91).

O Direito Penal não pode punir condutas que afetem apenas e tão somente o próprio autor daquela conduta, o Direito Penal não serve para punir a autolesão, se o indivíduo com sua conduta lesiona ou põe em risco de lesão apenas a si próprio, ele não poderá ser punido por isso. É por isso, que a tentativa de suicídio e a própria mutilação não são criminalizadas, porque não existe e não

pode existir um crime contra si mesmo. Uma pessoa apenas pode praticar um crime contra um bem jurídico que não seja seu. Veja os ensinamentos do Procurador de Justiça Greco:

O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem o âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão ou mesmo com a tentativa de suicídio. No Brasil, discutia-se a validade do art. 16 da Lei nº 6.368/76, que proibia o uso de substância entorpecente. Nilo Batista posicionava-se no sentido de que o art. 16 da mencionada legislação “incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais”(2012, p.52).

Portando, a conduta de portar drogas para consumo pessoal, por ocasionar exclusivamente autolesão, não afetando quaisquer direitos de outras pessoas, afasta a configuração da antijuridicidade material, ou seja, a lesividade, sendo assim, ilegítima a sua criminalização (TORRES, 2014).

Além do mais, por se tratar de um crime de perigo abstrato, este, acaba por ferir o princípio da lesividade, pois não pode haver a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Explica Bitencourt:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal. (BITENCOURT, 2006, p.27-28).

No mesmo sentido explica Paulo de Souza Queiroz:

Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de extrema ratio (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo (2001 p.121).

Para Torres, o argumento de que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é afetada, não pode ser sustentável juridicamente, pois contraria a expressão contida no tipo penal desse dispositivo criminalizador, qual seja o “consumo

pessoal” estabelecendo os limites de sua incidência no elemento subjetivo elegido, que determina expressamente o âmbito da lesividade pessoal e proíbe o expansionismo indevidamente desejado.

Assim, os conceitos de portar drogas para uso próprio (tipo penal do art. 28) e a saúde pública (bem jurídico supostamente protegido) são considerações totalmente antagônicas, não faz o menor sentido em falar que o uso pessoal de drogas afeta a saúde pública, o conceito de uso pessoal elimina o conceito de público, não tem como o uso de drogas de uma pessoa afetar a saúde pública da sociedade, chega a ser irracional pensar que o porte de drogas para uso pessoal afeta a saúde pública. (TORRES, 2014).

Como o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da mencionada Lei é a saúde pública não pode haver a criminalização desta conduta, pois a conduta punida pelo dispositivo não afeta o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, como o porte de drogas para uso pessoal não coloca em risco real e concreto o bem jurídico saúde pública o legislador não poderia tipificar essa conduta como crime pois, ele está violando o princípio da lesividade.

Rogério Greco explica muito bem a questão:

Finalmente, com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar da incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros. Não se pode punir alguém pelo simples fato de não gostar de tomar banho regularmente, por tatuar o próprio corpo ou por se entregar, desde que maior e capaz, a práticas sexuais anormais. Enfim, muitas condutas que agredem o senso comum da sociedade, desde que não lesivas a terceiros, não poderão ser proibidas ou impostas pelo Direito Penal. (GRECO, 2012, p.53).

Portanto, o legislador infringiu este princípio básico e norteador do Direito Penal que é o da lesividade, ao incriminar a conduta do art. 28 da Lei 11.343/06.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28

3.1 LIMITES DO DIREITO PENAL

O direito penal tem caráter fragmentário, sendo que sua atuação deve ser norteadada pelo princípio da *ultima ratio* e por sua natureza subsidiária ou acessória, somente é admissível a sua intervenção nos casos de especial gravidade e relevância, para a proteção de bens jurídicos de grande importância e, ainda, quando os demais ramos do direito tornam-se inúteis para prevenir ou

solucionar os conflitos, reclamando a imprescindibilidade da intervenção do direito repressivo (TORRES, 2014).

É notório que o problema das drogas pode e deve ser enfrentado, de maneira mais eficiente, e sem produzir tantos danos, fora do sistema penal (TORRES, 2014).

3.2 DOS ASPECTOS FAVORÁVEIS A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28

A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, estaria contribuindo para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo. Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter como crime o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio. A despeito, inclusive, do surgimento de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico, mas também o uso de entorpecentes é crime que deve ser, consideradas suas particularidades, punido, mesmo com penas brandas. Não se pode, em síntese, falar em inconstitucionalidade do dispositivo em questão. A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova, seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal da denúncia era o art. 16, de redação quase idêntica ao atual I art. 28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada, rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art. 16 da Lei de Drogas. Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as figuras típicas descritas no art. 28 a conduta de usar. E tal esteriliza a tese de ofensa a liberdade individual (NUNES DE SOUZA. 2010).

Nessa seara, defendendo a constitucionalidade da norma em discussão costuma-se buscar sua legitimidade em três pilares: a incriminação do consumidor visa proteger a saúde do usuário; é estratégica para a inibição do tráfico de drogas, garantindo a saúde pública e (III) contribui para a segurança pública, uma vez que o usuário contumaz é propenso à prática de crimes patrimoniais (ou outros) para financiar o consumo de drogas. Em suma, indica-se que a criminalização do consumo de drogas protege a (i) saúde individual, a (ii) saúde pública e (iii) o patrimônio, integridade física e vida de terceiros (BOTTINI, 2015).

3.3 DO JULGAMENTO DO RE 635.659/2010

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário (RE 635.659/2010) junto ao Supremo (STF), a fim de obter declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), sob o fundamento de que, não havendo lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, no caso em questão é a saúde pública, não existe crime. Saúde pública diverge do bem jurídico tutelado no dispositivo considerando tratar esta da coletividade, enquanto na redação da norma se fala em porte para consumo pessoal, o que também poderia ser argumento para afirmar que quem se encontra no conforto de seu lar ingerindo bebida alcoólica ou qualquer outra droga lícita, da mesma forma estaria lesando a saúde pública (CAPEZ, 2009).

Duas correntes se formaram até o momento: votaram favoravelmente à descriminalização somente da maconha os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, já o Relator votou no sentido de descriminalizar todas as drogas. O julgamento está suspenso desde o dia 10/09/2015 por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki (MALUF, 2016).

O voto do Min. Roberto Barroso se destaca, pois, além de decidir pela descriminalização da maconha para consumo pessoal, estabeleceu ainda critérios objetivos para o porte da droga com o objetivo de distinguir o usuário do traficante. Afirma que o papel do Estado deve ser o de a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico. Propôs, com base no bem sucedido modelo português como parâmetro, a quantidade de 25 gramas e ressaltou que o juiz poderá, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. No que se refere ao plantio, seu voto teve o parâmetro adotado no Uruguai que é de 6 (seis) plantas fêmeas (MALUF, 2016).

Conforme explica o Min, Roberto Barroso, a guerra às drogas é um fracasso. Desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Esta visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A verdade, porém, é que passados mais de 40 anos, a realidade é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo (MALUF, 2016).

Afirma o Min, Roberto Barroso que seu objetivo número 1 é quebrar o poder do tráfico com a regulamentação, pois assim seria o melhor caminho para retirar o poderio do crime organizado, desta forma o monopólio das drogas sairia das mãos dos traficantes. Para isso, só há uma solução: acabar com a ilegalidade das drogas e regular a produção e a distribuição. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017).

A segunda prioridade, conforme o Min Barroso é impedir que as cadeias fiquem lotadas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Por fim, como terceira prioridade, vem o consumidor, pois este, não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco. Risco da sua escolha e do qual se torna a principal vítima, porém este risco por si só não é fundamento para a criminalização, ou teríamos que banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino (MALUF, 2016).

Embora este aspecto não tenha sido abortado por nenhum Ministro, parece que a ausência legal de parâmetros objetivos gera uma inconstitucionalidade por omissão parcial. Sendo assim, o voto do Ministro Roberto Barroso mostra-se adequado estando em assonância com o modelo italiano de decisões desta espécie já que a norma (art. 28, §2, da Lei 11.348/2006) é inconstitucional por omissão parcial enquanto não estabelece, ou não prevê ou omite a quantidade de droga necessária para caracterizar o consumo pessoal, requisito necessário para ser compatível com a Constituição (MALUF, 2016).

Tal omissão cria no sistema vigente uma distorção que viola os princípios da igualdade, liberdade (art. 5º, caput, da Constituição) e segurança jurídica, eis que comumente a etnia ou a condição social influenciam de forma determinante na tipificação do autor como usuário ou traficante, recaindo esta última de forma massiva sobre negros e pobres (MALUF, 2016).

Caso seja declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo sem que se estabeleçam critérios objetivos a omissão parcial mencionada subsistirá no sistema jurídico penal, permitindo uma lacuna perigosa no ordenamento. A criação normativa no caso é *conditio sine qua non* para se admitir a descriminalização de drogas para consumo pessoal. Como o caso trata da atipicidade da conduta é necessário que seja criado um parâmetro para distinguir o usuário do traficante, sob pena de continuar vigente uma omissão que viola a Carta Magna (MALUF, 2016).

4. METODOLOGIA

O tema escolhido é atualmente muito controvertido e pendente de julgamento pela Corte Constitucional Brasileira no Recurso Extraordinário 635.659.

O recurso metodológico a ser utilizado para a exposição do tema escolhido será uma pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, artigos na internet e será utilizado o método dedutivo.

5. ANÁLISES E DISCUSSÕES

Descriminalizar o uso de drogas ilícitas pode levar a um aumento do consumo?

Conforme o Dossiê elaborado pela Plataforma Brasileira de Política de Drogas (2015) em um levantamento de 2012, apresentou dados gerais de cerca de 20 países que tornaram as leis de drogas menos rígidas a partir de modelos diversos, despenalizando ou descriminalizando o uso nas últimas duas décadas. Em nenhum deles houve grandes alterações na prevalência de consumo – proporção da população que faz uso regular de drogas – tanto para baixo como para cima. A comparação entre países europeus vizinhos, com estruturas socioeconômicas assemelhadas, demonstra que criminalizar o consumo de drogas impacta muito pouco na decisão de se consumir drogas.

Quais são os principais danos acarretados pela criminalização do uso de drogas e que efeitos positivos a descriminalização pode trazer? A criminalização da posse de drogas para uso pessoal acarreta consequências negativas em diversas esferas: encarceramento, atenção e cuidado em saúde, dispêndio de orçamento público e estigmatização do usuário. As experiências internacionais de descriminalização, mesmo que distantes de solucionarem todos os problemas relacionados ao uso de drogas, produziram um cenário mais adequado e barato de promoção da saúde pública. (DOSSIÊ PBPD, 2015).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível afirmar que atualmente não existe uma política que possa de fato promover a saúde dos brasileiros no que se refere ao consumo das drogas. O poder punitivo extrapola todos os limites constitucionais e o debate público sobre a questão é recheado de preconceitos, de forma a impedir uma discussão coerente e democrática. Pelo contrário em certos

casos, a aplicação da atual lei de drogas tem como consequência a violação de direitos fundamentais, com um enorme peso para o sistema penitenciário do país.

A partir da demonstração deste trabalho é possível afirmar que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola o princípio da igualdade, pois trata como criminosas determinadas pessoas, que por serem diferentes, fazem uso de determinadas substâncias tidas como ilícitas e que são tão nocivas quanto as que se consideram lícitas tais como tabaco e o álcool por exemplo. Viola o princípio da liberdade por invadir a esfera de escolha que os indivíduos possuem de agir como bem entender, desde que não atinjam direitos de terceiros, viola o princípio da intimidade e da vida privada pois o que o indivíduo faz com seu próprio corpo somente diz respeito a ele mesmo, e principalmente viola a dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito, por afrontar a dignidade desses indivíduos, estigmatizá-los, deixando-os a margem da sociedade e não tolerá-los.

Destaca-se que essa proibição das drogas, conforme preceitua o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, não foi uma solução, pois, não foi reduzida o seu uso, gera violência, corrupção, entre outros problemas, em especial em que viola os princípios basilares e toda a lógica do nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, fica claro que a criminalização tem produzido muito mais danos do que benefícios, aliás, ela causa muito mais danos e morte do que as próprias drogas acabam acarretando.

Portanto, o artigo 28 deve ser entendido como inconstitucional, e em substituição ser aplicado uma política de redução de danos, que acaba por ser muito mais útil e efetiva na proteção da saúde do usuário, pois trancar não é tratar, não é com criminalização que se resolve o problema da saúde pública. Isto contribuirá para a construção de uma sociedade realmente livre e sem preconceitos.

Neste aspecto a solução para que se possa prevenir o uso de drogas não está inserida no campo do direito penal, mas sim na reorganização das políticas de educação, saúde pública e no respeito aos direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

BACH, Marion. **O encarceramento do usuário de droga e a miopia dos tribunais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/encarceramento-usuario-droga/> Acesso em: 08 maio de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. Editora Saraiva. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Volume 1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo. **Descriminalizar o uso de drogas: uma questão constitucional, 2015**
Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional>. Acesso em: maio de 2017.

BRASILEIRO, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador – Bahia; Juspodivm, 2015. p. 710.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

DARELA DE SOUZA, Rodrigo. **Drogas, por que legalizar? A interferência do Direito Penal na questão das drogas**. Parte 3 – Histórico das drogas. Disponível em:
<http://emporiododireito.com.br/drogas-por-que-legalizar-parte-3/> Acesso em: maio de 2017.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em:
<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=45&data=08/05/2017>
Acesso em maio de 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Meu objetivo número 1 é quebrar o poder do tráfico**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/03/1870541-meu-objetivo-numero-1-e-quebrar-o-poder-do-traffic-diz-barroso.shtml>. Acesso em junho de 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 59.

JOTA. **Leia o voto do ministro Barroso no julgamento das drogas**
Disponível em: <https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015> Acesso em junho 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibir as Drogas é Inconstitucional, 2008**. Disponível em:
<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI5372-15223,00-MARIA+LUCIA+KARAM+PROIBIR+AS+DROGAS+E+INCONSTITUCIONAL.html>. Acesso em maio de 2017.

LOPES, Marco Antônio. **Drogas: 5 mil anos de viagem**. Disponível em:
<<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem/>>. Acesso em abril 2017.

MALUF, André Luiz. **Critérios objetivos para o porte de drogas**. Disponível em: <https://jota.info/artigos/criterios-objetivos-para-o-porte-de-drogas-26112016/> Acesso em: maio 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional** – JusPodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2007.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. **Maconha**. Disponível em: <http://obid.senad.gov.br/obid/drogas-a-a-z/maconha> Acesso em: maio de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Glossário de Alcool e Drogas, 1994**. Disponível em: < <http://www.campinas.sp.gov.br/governo/assistencia-social-seguranca-alimentar/prevencao-as-drogas/glossario.pdf>. Acesso em maio de 2017.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra Losso. **O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos**. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 53-60, set. 2004. p. 59-60.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra Losso. **O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos**. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 53-60, set. 2004. p. 59-60.

PELLI, Ronaldo. **Histórico da criminalização de drogas**. Disponível em: <<http://rhbn.com.br/secao/reportagem/historico-da-criminalizacao-de-drogas>>. Acesso em: maio de 2017.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça/ Serviço de Documentação, 1958.

PLATAFORMA BRASILEIRA DE POLÍTICA DE DROGAS, Ano 2015. Disponível em <http://pbpd.org.br/publicacao/dossie-descriminalizacao-das-drogas-e-o-stf/> Acesso em Maio de 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal Introdução Crítica**, Editora: Saraiva Ano: 2001

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 14. ed. 2016.

TORRES, José Henrique. **A inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas**. (2014).



VICENTE, Paulo. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 12. Ed – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2014.