

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF LAW 11.343 / 06

Maria Luiza Gonçalves Souza¹

Josiene Aparecida de Souza²

Vinicius Biagioni³

RESUMO

O presente trabalho abordará a respeito da atual legislação sobre drogas, ou seja, a Lei 11.343/06, com o objetivo de discorrer sobre o artigo 28 da referida lei. Além disso, discutir-se-á a evolução histórica do proibicionismo no mundo, evidenciando que o proibicionismo é uma questão moral e econômica, e não um assunto que diz respeito ao bem-estar do usuário de drogas. O ponto central do presente estudo está na discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, que é matéria do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP interposto, com repercussão geral, pela Defensoria de São Paulo em 2015 com fundamento nas violações que a presente norma ofende com sua vigência.

Palavras-Chave: Drogas; Usuário; Criminalização; Inconstitucionalidade; Recurso;

1 Discente da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). E-mail: maria_luizags@hotmail.com

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal Ouro Preto – (UFOP). Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). E-mail: josisouza09@hotmail.com. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6942191772000240>

3 Mestre em Direito e professor universitário na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Email: viniciusbiagioni33@gmail.com

ABSTRACT

This paper will address the current drug legislation, that is, Law 11.343 / 06, with the objective of discussing article 28 of that law. In addition, the historical evolution of prohibitionism in the world will be discussed, showing that prohibitionism is a moral and economic issue, and not a matter that concerns the well-being of drug users. The central point of this study is the discussion of the unconstitutionality of Article 28 of Law 11.343 / 06, which is the subject of Extraordinary Appeal No. 635.659 / SP brought, with general repercussion, by the Defensoria de São Paulo in 2015 based on the violations that this norm offends with its validity.

Key words: Drugs; User; Criminalization; Unconstitutionality; Resource;

INTRODUÇÃO

O porte de drogas para consumo pessoal é crime e está tipificado no artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) e com ele surgem celeumas acerca da essência deste tipo penal, em relação a sua constitucionalidade ou até mesmo se a conduta é considerada criminosa ou não. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo discutir a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, analisando a repercussão geral em torno da referida lei.

Considerando a importância que as medidas legais exercem no combate ao uso e tráfico ilícito de drogas no Brasil, uma abordagem sobre a problemática determinação da natureza jurídica do artigo 28 da lei 11.343/06, que trata do usuário de drogas, se torna relevante. Sendo assim, o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais será feito uma análise acerca deste tema e do tratamento dado aos usuários, bem como discutir-se-á, finalmente, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006).

O primeiro capítulo versa sobre uma breve análise histórica no âmbito global, com ênfase na criação da Lei Seca nos EUA, demonstrando os principais marcos históricos da criminalização do proibicionismo e, através de dados estatísticos, apontar-se-á os efeitos dessa proibição, de modo a demonstrar seus resultados e como a “guerra às drogas”, conseqüentemente, refletiu na sociedade em geral.

O segundo capítulo investigar-se-á em uma breve análise da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), a lei antidrogas, esclarecendo como as substâncias ilícitas são tratadas no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, abordar-se-á o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), destinado a criminalização do porte e posse de drogas para consumo pessoal, ou seja, versa a respeito do usuário de drogas. O presente artigo passa por discussões acerca se a conduta tipificada no caput do artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) foi descriminalizada ou não, devido ao fato de não haver pena restritiva de liberdade nessa essa lei.

No último capítulo, abordará o tema do presente trabalho: a inconstitucionalidade do artigo 28 que foi matéria no Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 635.659/SP interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de Francisco Benedito de Souza, com o objetivo de arguir sobre a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006) em razão das violações a princípios e direitos constitucionalmente garantidos em uma perspectiva dentro do Direito Penal, apesar de ser um tema hiper complexo e transdisciplinar.

Por fim, foi feita uma análise crítica das soluções e alternativas sugeridas pelos ministros julgadores em seus votos.

1. A LEGISLAÇÃO VIGENTE DE DROGAS NO BRASIL

A lei que vigora no ordenamento jurídico brasileiro sobre drogas é a 11.343/06 (BRASIL, 2006) que proíbe o seu porte e comercialização.

E em relação a antiga lei de drogas, lei 6.368/76 (BRASIL, 1976), o legislador trouxe algumas inovações, como a penas alternativas: a) advertência sobre o uso de drogas; b) prestação de serviços à comunidade; c) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, que serão tratadas no decorrer deste capítulo, a quem estiver portando drogas ilícitas, como também um rigor em relação à pena para tráfico de drogas.

1.1 Linhas gerais sobre a lei 11.343/06

Anterior a lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) vigorava no sistema penal brasileiro a lei 6.368/76 (BRASIL, 1976). A aprovação da atual lei vigente - 11.343/06 (BRASIL, 2006) criou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas para substituir o antigo Sistema Nacional Antidrogas - Art. 1º, caput, da lei 11.343/06. (BRASIL, 2006). Sedo assim, a nova lei de drogas define:

Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, 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, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Com diversas definições possíveis, a lei optou por definir o conceito de droga - artigo 1º, parágrafo único da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), substituindo o termo “entorpecente” utilizado na Lei 6.368/76 (BRASIL, 1976), afinal, nem todas as drogas são entorpecentes. Em comparação com a nova lei de drogas – lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), a antiga lei de drogas - Lei 6.368/76 (BRASIL, 1976), em seu artigo 1, tinha a seguinte redação:

Art. 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas que, quando solicitadas, não prestarem colaboração nos planos governamentais de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica perderão, a juízo do órgão ou do poder competente, auxílios ou subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (BRASIL, Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976).

Percebe-se que versa de uma definição vaga, ou seja, tratando-se de uma infração *sui generis*, em branco, uma vez que faz parte do que se domina infração incompleta, porque exige complemento normativo. Nesse caso, o complemento é dado pela descrição das drogas que é listado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária –

AVISA, que pertence ao Ministério da Saúde. Este complemento vindo do Poder Executivo é heterogêneo (GOMES, 2010, p. 234).

Assim como nem todo consumidor de bebida alcoólica é alcoólatra. A distinção é muito importante para a adoção das medidas mais eficazes para cada caso (GOMES, 2010, p. 212). No âmbito penal, usuário é quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta, ou traz consigo para consumo pessoal, drogas consideradas ilícitas (Art. 28, caput, da lei 11.343/06).

Em hipótese alguma confunde-se usuário com traficante, este último recrudescer em relação ao usuário de drogas. A atual lei de drogas tornou mais grave a pena de tráfico de drogas de “reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa” para “reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias- multa” (TÁVORA; ARAÚJO, 2016, p. 14).

Vale ressaltar que neste tópico foi feito um apanhado geral sobre a lei 11.343/06 e que no próximo item será abordado o artigo 28 da referida lei que é objeto de estudo do presente trabalho. Dessa forma, será abordado com um enfoque nessa perspectiva do usuário.

1.2 Artigo 28 da lei 11.343/06

Como já mencionado, a o artigo 28 da lei 11.343/06 trata da figura do usuário de drogas e uma das grandes inovações trazidas por esta lei foi a proibição de pena privativa de liberdade a quem adquirir (obter o material a título oneroso ou gratuito), guardar (vigiar permanentemente com o fim de proteger, preservar), ter em depósito (guardar com provisoriedade), transportar (levar de um lugar para outro) ou trazer consigo (transportar junto ao próprio corpo) drogas consideradas ilícitas destinadas para consumo pessoal (elemento subjetivo específico), que estão elucidados no caput do presente artigo (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 31 e 33).

As condutas tipificadas como crimes de porte de droga para consumo pessoal tratam de tipos mistos alternativos, ou seja, são de ação múltipla ou de conteúdo variado. Porém, mesmo que o agente realize mais de um núcleo do tipo, em relação ao mesmo objeto material, responderá por um único delito (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 33).

O bem jurídico defendido no artigo 28 da lei de tóxicos é a saúde pública, de

imediatos. No caso de bem jurídico tutelado mediato é a integridade física do indivíduo, a saúde física e psíquica das pessoas e, principalmente, como bem maior, tutelar a vida. Portanto, a pretensão da norma em destaque é proteger todos esses bens jurídicos, imediatos e mediatos (GOMES, 2010, p. 233).

O §1º do art. 28 da lei de drogas equipara-se às penas do caput deste mesmo artigo e as condutas tipificadas daquele que, para consumo pessoal, semeia (coloque sementes à terra para germinar), cultiva (fertiliza, trata, cuida da terra para desenvolvimento da planta) ou colhe (apanha) plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto de causar dependência física ou psíquica. Porém se as plantas não forem destinadas para consumo pessoal enquadra-se em tráfico de drogas, conforme artigo 33 da lei 11.343/06 (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 33).

É importante ressaltar que para configurar o crime de porte de drogas para consumo pessoal a conduta deverá ser praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regular. Sendo assim, se houver autorização estatal, com base nos artigos 2º e 31 da lei 11.343/06, configura fato atípico o transporte e o cultivo da droga (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 34).

O §2º do artigo 28 da lei de drogas faz expressa referência ao juiz, que se encarrega da responsabilidade de classificar o fato, se a conduta se enquadra na figura do usuário ou traficante. O referido parágrafo estabelece uma série de critérios para saber se a droga se destina ou não para consumo pessoal, sendo: natureza da substância, quantidade, local, as condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes criminais do agente (GOMES, 2010, p. 240).

Embora seja difícil de identificar na prática, o crime de porte de drogas para consumo pessoal admite-se tentativa. Como, por exemplo, uma pessoa é flagrada no momento em que tenta adquirir drogas para seu consumo pessoal, mas não consegue por circunstâncias alheias à sua vontade (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 39).

O uso pretérito da droga, isoladamente, não configura crime. Como trata-se de crime tutelado pela saúde pública este bem jurídico não corre mais perigo já que a substância não existe mais (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 34).

1.2.1 Dos crimes e das penas

As penas previstas contra o usuário de drogas são (Art. 28, I, II, III e §1º):

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 (BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Como se vê, a pena privativa de liberdade não pode ser aplicada em nenhuma hipótese, nem mesmo se o agente não realizar a transação penal. E mesmo com as penas mais brandas em relação à lei anterior, a conduta descrita no caput do artigo 28 da lei de tóxicos não deixa de ser crime (GOMES, 2010, p. 227).

1.2.1.1 Advertência sobre os efeitos da droga

Não se trata de advertência por questão moral ou religiosa. A razão fundamental da advertência é jurídica, ou seja, o juiz irá alertar sobre os efeitos que a droga reflete para o próprio usuário, como também, para sua família (GOMES, 2010, p. 235).

1.2.1.2 Prestação de serviços à comunidade

Essa modalidade consiste na prestação de serviços 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, com fulcro no artigo 28, §5º, da lei de drogas.

O prazo máximo aplicado para essa sanção será de 05 (cinco) meses, conforme versa o artigo 28, §3º da lei 11.343/06, salvo se o condenado for reincidente. Caso seja reincidente, o prazo máximo se eleva para 10 (dez) meses, conforme artigo 28, §4º, da lei de drogas (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 44).

1.2.1.3 Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo

Incumbe ao magistrado fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer. É necessário determinar a frequência do agente

em relação ao programa ou curso (GOMES, 2010, p. 235).

A competência para a aplicação das penas alternativas do artigo 28 da lei 11.343/06 é dos Juizados Criminais (artigo 48, §1º da lei 11.343/06). Sendo assim, será oferecido a transação penal e, nesse caso, se o agente for reincidente não pode obter uma nova transação penal no prazo de 10 meses, como citado no artigo 28, §4º da lei 11.343/06 (GOMES, 2010, p. 228).

Havendo descumprimento da transação penal será tomado as seguintes medidas (Art. 28, §6º da lei 11.343/06):

§ 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 (BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Uma vez praticada as condutas descritas no artigo 28 da lei de drogas, nasce para o Estado a pretensão de aplicar as medidas alternativas nele previstas no prazo máximo de 02 (dois) anos. O prazo prescricional desta conduta está no artigo 30 da lei 11.343/06 (GOMES, 2010, 247).

1.2.2 Descriminalização ou Despenalização do porte de drogas para uso pessoal

Como dito, as condutas descritas no artigo 28, caput e §1º da lei 11.343/06 configuram crime. A corrente majoritária defende essa ideia uma vez que a expressão “dos crimes e das penas” se encontra no Capítulo III da Lei 11.343/2006, dentro do próprio artigo 28. A inexistência de previsão de pena privativa de liberdade para o crime de porte de drogas para consumo pessoal (despenalização) nesse artigo não constitui óbice à identificação de sua natureza criminoso, sendo que a própria Constituição Federal (art. 5º, XLVI) prevê ao legislador o estabelecimento de outras penas que não a de liberdade e multa (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 31).

Descriminalizar significa retirar o caráter criminoso do tipo penal e despenalizar significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se o caráter ilícito do fato. Este último – despenalização – foi o que aconteceu com as condutas descritas no artigo 28 da lei 11.343/06 (GOMES, 2010, p. 216 e 217).

De acordo com entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal não houve descriminalização dos comportamentos arrolados no artigo 28, caput, §1º da lei antidrogas:

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). Não se pode, na interpretação da Lei 11.343/2006, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo ‘rigor técnico, que o teria levado

inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas', só a ele referentes (Lei 11.343/2006, Título III, Capítulo III, arts 27 a 30). [...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art.107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/ 2006, art. 30). Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis (BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Em posicionamento contrário, Luiz Flávio Gomes defende que não constitui crime, e sim, uma infração penal sui generis. Ele afirma que houve uma descriminalização formal – pois o fato deixa de ser crime, mas continua no direito penal e ao mesmo tempo despenalização – suavizar a resposta penal, mitigando-se da pena de prisão, mas não houve o abolitio criminis (GOMES, 2010, p. 219).

Em resumo, Gomes (GOMES, 2016, p. 216) sustenta que o porte de droga destinado para uso pessoal, ainda proibido no Brasil, deixou de ser infração penal, por não se enquadrar em qualquer das descrições contidas no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Em sua percepção, não pode punir o agente com pena de reclusão ou detenção, motivo pelo qual deixa de ser crime.

Devido esse impasse e demais divergências - que será tratado no próximo capítulo, surgiu uma discussão acerca da (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal no Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 635.659/ SP.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

Azambuja (2008) diz que toda a lei ordinária que, no todo ou em parte, contrarie ou transgrida um preceito da Constituição, se diz inconstitucional. Para completar a acepção, Paulo Bonavides (2003) afirma em seu livro que esta violação é a mais grave das inconstitucionalidades:

A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e

sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos (BONAVIDES, 2003, p. 435).

Após ponderar, no decorrer deste trabalho, a respeito da insustentabilidade jurídica da criminalização e analisar os impactos gerados na sociedade, como o aumento em massa do encarceramento, por exemplo, diversos argumentos foram apresentados no sentido de desconstruir as normas incriminadoras.

Conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal foi berço de discussão a respeito da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06, através do Recurso Extraordinário 635.659/SP, com repercussão geral, interposto pela Defensoria de São Paulo contra Juizado Especial de Diadema/SP.

2.1 Recurso Extraordinário 635.659/SP

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em última instância, quando o dispositivo contrariar a Constituição da República federativa do Brasil, conforme artigo 102, inciso III, a, da mesma.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se da seguinte forma:

[...] no caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria (BRASIL, 2012).

De acordo com o caso concreto, foi encontrado 0,3gr. (três gramas) de maconha na marmita do detento Francisco Benedito de Souza, no Centro de Detenção Provisória da cidade de Diadema/SP. Configurando-se em posse de drogas para consumo pessoal. O episódio descrito, portanto, está em consonância com o artigo 28 da lei nº 11.343/06.

Foi interposto o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, contra o acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP, que fundamenta através da defesa de que o crime tipificado, no referido artigo da lei de drogas, transgredir o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil. *In*

verbis:

[...] 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).

Por outro lado, o Ministério Público defendeu que o bem jurídico tutelado, neste caso, é a saúde pública, uma vez que coopera para aumento do vício de substâncias químicas da sociedade em geral.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes que proferiu seu voto, seguido dos ministros Roberto Barroso e Edson Fachin. Sendo que, os mencionados votos referenciam a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de drogas. Neste capítulo, será tratado os entendimentos dos ministros diante do recurso em análise.

O julgamento foi interrompido em setembro de 2015, quando o Douto ministro Teori Zavascki pediu mais tempo para analisar o caso. Em janeiro de 2017, o ministro Teori Zavascki, foi morto em um trágico acidente de avião. Após o ocorrido,

o Ministro Alexandre de Moraes assumiu, por sucessão, o julgamento do recurso. Portanto, é preciso aguardar pronunciamento do Supremo Tribunal Federal para dar continuidade ao referido recurso.

2.2 Inconstitucionalidade do artigo 28 da lei nº 11.343/06 à luz dos votos proferidos no RE 635.659/SP: princípios constitucionais violados

Como pontuado nos tópicos anteriores, o voto dos três ministros no presente recurso será pilar uma análise voltada para a área do direito penal com base do artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006). Com isso, entende-se de suma importância a abordagem de considerações doutrinárias em conformidade com o presente recurso extraordinário 635.659/SP.

Em seu voto, Gilmar Mendes deixa explícito que o objeto do presente recurso extraordinário é a maconha, analisando estritamente o caso concreto, em virtude de ser um assunto tão sensível e complexo, tratando-se sobre a definição sobre a

constitucionalidade da criminalização do porte de drogas – maconha - para consumo pessoal em face dos direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e a privacidade.

Majoritariamente, a doutrina entende que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) é constitucional e sua criminalização é justificada por dois argumentos: a) ser o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 de perigo abstrato, ou seja, independe se o resultado causou danos, pune-se o risco causado. e (b) ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. Porém é fundamental entender, para a defesa da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), que a impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizado, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista (CARVALHO, 2016, p. 340). Nesse sentido, em concordância com a doutrina minoritária, Gilmar Mendes se posiciona da seguinte forma:

Afigura-se claro, até aqui, que tanto o conceito de saúde pública, como, pelas mesmas razões, a noção de segurança pública, apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal (BRASIL, 2015, p. 35).

Karam (1993) reforça em sua obra:

É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo. Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal (KARAM, 1993, p. 126).

A própria redação do artigo 28 da lei de drogas, lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) delimita que para configurar porte de drogas tem que enquadrar em conduta, tão somente, para uso pessoal. A esfera é exclusivamente privada e como já é notório, o direito penal não pune a autolesão (CAPEZ, 2016, p. 165). Portanto, como o direito penal veda a punição da autolesão e, partindo do ponto que afeta diretamente a saúde do individual do usuário, podemos afirmar que viola o princípio da ofensividade ou lesividade, visto que a criminalização pelas vias penais só se justifica quando houver

concreta lesão a bens jurídicos de terceiros. Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, esclarece de forma objetiva:

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio (BRASIL, 2015 p. 9).

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais fundamentais e é lesado com o artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006). Lima (2012, p. 16) elucida que o Direito Penal só é autorizado a agir quando violar a dignidade de outra pessoa. Ou seja, o Direito Penal intervém em último caso, o mínimo possível. O ministro Fachin expõe:

O processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária - ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros (BRASIL, 2015, p. 6).

Para Salo de Carvalho (2016, p.343) no momento em o legislador estabelece distinção entre drogas lícitas e ilícitas e criminaliza apenas um grupo, mesmo que ambas as substâncias tenham capacidade de causar dependência física ou psíquica está lesando o princípio da igualdade, previsto também na Constituição da República Federativa do Brasil.

Maria Lúcia Karam (2015) reforça:

Certamente, não há qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam alterações no psiquismo, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais. Todas são potencialmente perigosas e viciantes. Todas são drogas. Seus efeitos mais ou menos danosos dependem, muito mais, da forma como quem as usa se relaciona com elas do que de sua própria composição. Uma droga mais potente consumida com moderação pode ter efeitos menos danosos do que uma droga menos potente consumida abusivamente (KARAM, 2015, p.5).

Drogas lícitas como o álcool e o cigarro, por exemplo, causam dependência e trazem prejuízos à saúde, mas também causam mais danos que algumas drogas

ilícitas de natureza semelhante. Se a pessoa pode optar pelo álcool ou pelo tabaco, não seria lógico criminalizar droga de caráter semelhante, visto que a própria Constituição Federal defende que o indivíduo deve ser responsável por suas escolhas e o Direito Penal intervir apenas em situações de transgressão de direito alheio.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, pontuou:

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita (BRASIL, 2015, p.36).

Fachin, por outro lado, entendeu:

Já neste ponto é possível antever que a incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade (BRASIL, 2015, p. 7).

Luís Barroso, por fim, ressalta:

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade (BRASIL, 2015, p. 8).

Esse ponto de discussão sobre a inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal devido a lesão de princípios constitucionais não é uma discussão exclusiva do Brasil, inclusive no próprio voto dos ministros eles citam e analisam o julgamento em outros países.

Em seu voto, Barroso pontua:

Quase todo o mundo democrático e desenvolvido está abrandando a sua política em relação às drogas. Nos Estados Unidos, que lideraram a Guerra às Drogas, 27 dos 50 Estados já descriminalizaram o porte da maconha para uso recreativo ou medicinal, sendo que quatro deles (Oregon, Washington, Alaska e Colorado) legalizaram a comercialização (BRASIL, 2015, p. 6).

Gilmar Mendes também pontua exemplos de outros países:

Em todo o mundo, discute-se qual o modelo adequado para uma política de

drogas eficiente. A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal (BRASIL, 2015, p.40).

Além disso, há juízes no Brasil que já adotaram o entendimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006). Como a juíza Rosália Guimarães Sarmiento, de Manaus, ela embasou no presente recurso extraordinário 535.659/SP e ainda fundamentou com o voto dos ministros (ROVER, 2019). A sentença foi fundamentada da seguinte forma:

O embaralhamento que a legislação acaba por proporcionar, retirando a objetividade que deveria existir em toda tipificação de condutas com relevância jurídico-penal ainda proporciona o grave inconveniente de permitir que a solução jurídica do caso concreto contrarie, diretamente, os valores que a Lei de Drogas pretendeu instituir que são: prevenção e repressão. Os dois. Não só o último (ROVER, 2019, p. 2) Por fim, a tipificação do artigo 28 da lei antidrogas – lei 11343/06 (BRASIL, 2006) lesa o princípio da proporcionalidade sendo que o legislador não trouxe, de forma objetiva, a quantidade de drogas que enquadra em usuário ou traficante. Gerando um julgamento injusto e ponderando a desigualdade social.

Dessa forma, os ministros fizeram duras críticas a esse dispositivo em detrimento da violação do princípio da proporcionalidade. Barroso, estabelece em seu voto da seguinte forma:

É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes (BRASIL, 2015, p.11).

Gilmar Mendes também critica de forma severa esse ponto:

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.⁸⁴ Para o ministro Fachin a inclusão de critérios objetivos é inevitável: Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se

adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga (BRASIL, 2015, p.21).

A fundamentação do voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal teve embasamento doutrinário e em estatísticas negativas em resposta a política repressiva de drogas que colaboraram de maneira positiva para a construção desse debate. Diante do exposto, não restam dúvidas que o artigo 28 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006) viola princípios e normas constitucionais e a tendência é a do presente recurso ser declarado inconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com a repressão política de anos e evolução das legislações que criminalizam o uso e tráfico de drogas, o objetivo de erradicar essas substâncias do cenário mundial ainda não foi atingido. Embora a criação da lei 11.343/06 para punição do porte de drogas destinadas ao consumo pessoal tenha trazido grandes inovações, é notório que o artigo 28 dessa lei repercute discussões jurídicas e doutrinárias.

Primeiramente, há uma celeuma entre a nova lei de tóxicos (lei 11.343/06) ter descriminalizado ou não a conduta de porte de drogas para consumo pessoal. A conduta é considerada crime, visto que já foi julgado a respeito no Supremo Tribunal Federal, como foi exposto no trabalho. Outro ponto chave discutido no decurso do presente estudo foi o bem jurídico tutelado pela norma. Todavia, como exposto no mesmo, o uso de drogas afeta, unicamente, a saúde do usuário.

Ao analisar a criminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, ficou evidente que a mesma toca em princípios fundamentais, o que serviu de argumento para a tese de que é inconstitucional o presente dispositivo. Com isso, foi berço de discussão no Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 635.659/SP com repercussão geral sob alegação viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O referido recurso contou com os votos dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Barroso, que entenderam se tratar inconstitucional o artigo 28 da lei Antidrogas.

Ao artigo em questão, coube o questionamento sobre a violação do princípio da lesividade, afinal, o Direito Penal não pune a autolesão e como visto no decorrer do trabalho, o porte de drogas para uso pessoal afeta, única e exclusivamente, o agente. Ademais, o dispositivo também viola o princípio da dignidade humana, como o direito à vida privada e à intimidade, uma vez que a Constituição da República

Federativa do Brasil prevê aos indivíduos a autonomia de escolherem suas decisões, desde que não atinja, o direito do outro. É lesado também, o princípio da igualdade e da proporcionalidade, visto que a lei 11.343/06 traz uma distinção de usuário de drogas e traficante de forma extremamente subjetiva, por consequência acaba provocando prisões parciais e desproporcionais.

O presente trabalho, defendeu de forma ampla a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e seus argumentos estiveram em consonância com os votos dos ministros no Recurso Extraordinário 635.659/SP. Por tudo isso, é necessário que o julgamento do referido recurso, continue no sentido de descriminalizar a conduta de posse de drogas para consumo pessoal em virtude de ser considerado inconstitucional, através de violação de princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.435.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no RE 635.659/SP**. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pr>

on unciamento=3840675. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 635.659/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Voto Min. Edson Fachin. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 635.659/SP**. Primeira Turma. Relator: Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em 18 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 635.659/SP**. Primeira Turma. Relator: Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 18 de junho de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal v. 2 – Parte Especial**, arts. 121 a 212. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIORE, Maurício. **O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas**. In: *Novos estudos CEBRAP*. n. 92, 2012, p. 1-13.

ROVER, Tadeu. **Juíza se antecipa ao Supremo e declara inconstitucional artigo 28 da Lei de Drogas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/juiza-antecipa-stf-declara-inconstitucional-artigo-lei-drogas#:~:text=Assim%2C%20de%20of%C3%ADcio%2C%20a%20ju%C3%ADza,%20da%20Lei%20de%20Drogas.&text=Assim%2C%20Ros%C3%A1lia%20determi%20expedi%C3%A7%C3%A3o%20de,indevido%20ou%20depend%C3%Aancia%20de%20drogas>. Acesso em 18 de junho de 2020.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista nos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 2 ed. p. 126, 1993.

KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio

Editores.com, 2015.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas - aspectos penais e processuais.** São Paulo: Método, 2019.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal.** 2011. 148 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e Redução de Danos: Os direitos das pessoas que usam drogas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Lei de Drogas.** Leis Especiais para concursos. 3.ed. 2016.