

A LEI Nº. 11.343/2006 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

*Denise Tatiane Girardon dos Santos*¹⁴

*Daniela Ignácio*¹⁵

Recebido em: 07/08/2018

Aprovado em: 29/09/2018

RESUMO

O presente artigo irá abordar o tema do uso e comércio indevido de drogas, em um primeiro momento, no cenário internacional, com a finalidade de demonstrar a ineficácia da política proibicionista perpetrada ao longo dos anos, além de expor a necessidade de novas alternativas. Em seguida, serão apresentadas as antigas previsões legais nacionais, que versaram sobre o tema das drogas. Em sua segunda seção, será feita uma explanação a respeito dos princípios constitucionais, em tese, violados pela política sancionatória aplicada, assim como, em um terceiro momento, será buscado um aprofundamento em relação ao delito de posse de drogas, quando destinada para consumo pessoal, disposto na lei vigente. O objetivo do presente estudo está elencado na discussão a respeito da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006. Metodologicamente, será realizada uma pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. A pesquisa bibliográfica busca explicar e discutir o tema com base em referências teóricas publicadas em livros, revistas, periódicos e outros, além de analisar conteúdos de cunho científico, sobre a matéria estudada.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Descriminalização. Lei de Tóxicos. Princípios constitucionais. Uso de drogas.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará o enfrentamento ao consumo e ao comércio de drogas, primordialmente, pela perspectiva do usuário, a fim de demonstrar os impactos causados pela política proibicionista, perpetrada pelo legislador. Para tanto, o trabalho foi dividido em três

¹⁴ Doutoranda em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestra em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Advogada. Conciliadora Judicial – TJ/RS.

¹⁵ Graduanda em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ.

seções, nas quais será feita uma análise aprofundada do tema, principalmente, no que diz respeito ao tratamento prestado aos consumidores de substâncias ilícitas, bem como, se discutirá a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

A primeira seção abordará o tema das drogas, traçando um caminho do âmbito internacional ao nacional, de forma que, na primeira parte, explana a evolução da política proibicionista, trazendo as principais normas internacionais, que foram criadas a partir do século XX, principalmente, por meio de Tratados Internacionais, os quais foram, desde o princípio, voltados à criminalização da conduta. Em seguida, será dado enfoque aos Tratados e Convenções de que o Brasil é signatário, as previsões constitucionais nacionais e a evolução das legislações especiais relativas ao tema, a fim de demonstrar a ineficácia da política pautada pela proibição, no que tange os objetivos almejados, que seriam inibir e abrandar o tráfico e o consumo.

A segunda seção será dedicada ao marco histórico nacional da Constituição Federal de 1988, buscando demonstrar sua importância e o impacto de seu advento frente ao cenário político nacional, vivido na época, principalmente, no que tange aos direitos individuais e garantias fundamentais readquiridos pelo cidadão, pós era ditatorial. Tão logo, são explanados, isoladamente, cada um dos princípios constitucionais, que em tese, são violados pela ação punitiva do Estado em face ao usuário de drogas, dentre os quais se destacam o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da intervenção mínima e princípio da lesividade.

Na terceira e derradeira seção, o estudo será voltado à Lei nº. 11.343/2006, de atual vigência no ordenamento jurídico nacional, principalmente, os aspectos controversos, levantados pela disposição de seu artigo 28, o qual é dedicado à criminalizar e penalizar o usuário de drogas. Em um primeiro momento, a abordagem será a respeito da divergência doutrinária relativa à uma suposta descriminalização ou, tão somente, despenalização da conduta de portar substância entorpecente, destinada ao consumo próprio. Para tanto, serão trazidos os entendimentos doutrinários, majoritário e minoritário, e por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, responsável por dar pacificidade à matéria.

Em seguida, foi trazida à discussão principal do presente artigo, sendo ela, a respeito da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei em comento, na forma de explanação dos argumentos que levaram ao entendimento de que o Estado age de forma arbitrária, ao punir o usuário de entorpecentes. Para tanto, traz-se o posicionamento dos autores, José Henrique Torres e Maria Lúcia Karam, membros fundadores da Associação dos Agentes da Lei Contra

a Proibição (LEAP BRASIL), que defende a necessidade urgente de uma política descriminalizadora no território nacional. Além dos posicionamentos de Torres e Karam, traz-se também, a explanação da inconstitucionalidade do artigo 28 sob a perspectiva dos votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário nº 635.659, do Estado de São Paulo.

Metodologicamente, o trabalho será embasado por uma pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo, que busca explicar e discutir o tema com base em referências teóricas publicadas em livros, revistas, artigos e decisões jurisprudenciais, com método de análise aos conteúdos de cunho científico, relativos à matéria estudada.

Dada a relevância do tema, justifica-se, assim, a presente pesquisa, como forma de trazer ao ambiente acadêmico os atuais entendimentos e divergências sobre a temática relativa à posse de drogas para uso pessoal, fato que traz consequências jurídicas ao usuário, bem como, a discussão ambiciona fomentar novos trabalhos e servir de subsídio de pesquisa para a comunidade acadêmica.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA REPRESSÃO AO USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS¹⁶

Nesta primeira seção, será abordada a contextualização histórica do combate ao uso e comércio de drogas, tanto no âmbito internacional, quanto nacional, desde as primeiras políticas, implantadas pelos Tratados e Convenções internacionais, as disposições constitucionais brasileiras e leis ordinárias que abrangeram o tema, até alcançar, por fim, o marco da Constituição Federal de 1988.

As políticas internacionais, direcionadas ao combate às drogas, começaram a ser vislumbradas a partir do século XX, mais especificamente, em sua primeira década. O alto índice de consumo de ópio na época e as consequências desse consumo para a saúde dos dependentes, foi o que impulsionou treze países, sendo eles, Estados Unidos, China, Grã-Bretanha, França, Alemanha, Itália, Países Baixos, Portugal, Áustria-Hungria, Japão, Sião e Pérsia, a se unirem, pela primeira vez, com a finalidade de discutir o problema das drogas, o que ocorreu no ano de 1909, na Comissão do Ópio de Xangai (ONU, 2018, [s.p.]).

¹⁶ Neste trabalho, o termo substância psicotrópica será análogo e abrangente a expressão drogas, relativa a qualquer substância capaz de modificar funcionalmente os organismos vivos, e que tenha como resultado, mudanças fisiológicas e comportamentais.

Segundo dados oriundos da Organização das Nações Unidas (2018, [s.p.]), a situação vivida na época era de extrema adversidade, em razão de que, por exemplo, no ano de 1906 “[...] cerca de um quarto da população chinesa masculina adulta era dependente do ópio, o que significou a maior epidemia de abuso de drogas já enfrentada por um país em toda a história [...].”

Após a Comissão de Xangai, em 23 de janeiro de 1912, foi realizada na cidade de Haia, a Conferência Internacional do Ópio, da qual derivou o primeiro Tratado Internacional de controle de drogas. A Convenção, de 1912, pode ser vista como a pedra fundamental do controle internacional de drogas (INCB¹⁷, 2012, [s.p.]). A referida Convenção foi criada para fins de buscar soluções para a calamitosa situação vivida naquela época, haja vista o uso indiscriminado e o demasiado número de dependentes. Fatores esses que escancararam um problema que não se restringia, tão somente, a alguns países, mas, sim, uma questão de esfera global.¹⁸

Com as assinaturas dos primeiros Tratados referentes ao tema, países precursores como Estados Unidos e Holanda passaram a divergir a respeito da forma adequada de intervenção do Estado no âmbito da personalidade privada do usuário, tendo este uma visão mais amena, pregando a intervenção mínima, em que o Estado deveria coibir o tráfico ilícito, mas deveria, também, ser ele o responsável por regularizar a produção e o comércio de entorpecentes (CARVALHO, 2011, p.07). Isto é, Holanda, país, popularmente, conhecido por sua prática antiproibicionista, desde o início do século XX, busca afastar do usuário a faceta de infrator da lei, prestando a este, tão somente, o enfoque dado ao enfermo acometido pela dependência.

Em contrapartida, os Estados Unidos pregavam uma política agressiva de proibição ao consumo e ao comércio ilegal de entorpecentes, desconhecendo a figura do usuário como indivíduo livre, com autonomia para com sua vida privada, impondo a ele duras penalidades. Esse posicionamento influenciou e até mesmo coagiu outros países do continente americano,

¹⁷ Sigla utilizada para fazer referência à *International Narcotics Control Board*, sendo ele um órgão de fiscalização independente, que trabalha para a implementação das Convenções Internacionais das Nações Unidas de controle de drogas.

¹⁸ Conforme dispõe o relatório anual, confeccionado pela INCB (2012, [s.p.]): “No final do século XIX e início do século XX, organizações não governamentais trabalharam incansavelmente para promover o bem-estar e a prosperidade da população em geral, face aos fortes interesses empresariais em relação ao tráfico internacional de drogas, legalizado na época. Estas organizações não governamentais conseguiram o apoio de Governos, primeiro em Xangai (em 1909), e depois em Haia (em 1912), na definição da proteção de indivíduos e comunidades contra a dependência e o abuso de drogas como prioridade, o que na época afligiu grande parte da população.”

a apoiar sua rigorosa política, uma vez que o governo estadunidense aplicava sanções econômicas aos que não acompanhavam seu entendimento (CARNEIRO, 2016, p.10).

Tal prática, perpetrada pelo governo estadunidense, reflete, nos dias atuais, a realidade observada em diversos países das Américas Central e do Sul, os quais sofrem, assolados pela violência e desigualdade social, características estas, comuns em locais onde há forte repressão ao uso de drogas, uma vez que a proibição impulsiona o tráfico, aumenta os índices de violência e ocasiona, invariavelmente, o aumento da população carcerária, fatos que escancaram a ineficácia da política aplicada (PILATI, 2011, p. 44).

Com o passar dos anos e a incidência de uma sociedade moderna, novos Tratados e Convenções foram confeccionados, objetivando o combate às drogas. O fim da Segunda Guerra Mundial, em 02 de setembro de 1945, e a posterior criação da Organização das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, proporcionou uma forte influência internacional que almejava igual objetivo, reprimir e combater o comércio e o consumo indevido (SILVA, 2014, p. 239).

Nesse mesmo período, cumpre destacar, foram promovidas as assinaturas da Convenção Única sobre Entorpecentes (Nova York, 1961), da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1971) e da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), sendo essas as três convenções sobre drogas que, atualmente, são consideradas referência legal para os países signatários (ONU, 2018, [s.p.]). Tais Convenções foram todas voltadas, quase que em sua totalidade, para uma política de repressão, uma vez que suas disposições previam penas privativas de liberdade e políticas internacionais voltadas ao desencorajamento de traficantes¹⁹ e usuários, em face de uma rígida política repressiva e punitiva (CARNEIRO, 2016, p.08).

Em uma análise cingida ao posicionamento adotado pelo Brasil no combate as drogas, é possível afirmar que, pelo fato de ser signatário de todas as Convenções, anteriormente mencionadas, historicamente, o combate no âmbito nacional também foi pautado por uma política repressiva e proibicionista, o que segundo Karam (2006, [s.p.]), pode ser definido da seguinte forma:

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.

¹⁹ Aquele que pratica comércio ilegal e clandestino, de substâncias definidas como drogas.

As Ordenações Filipinas, na época do Brasil Colônia, foi o primeiro registro relativo a punição ao uso de drogas no país, entretanto, a primeira legislação concernente ao assunto, considerada, genuinamente, brasileira, deu-se com o Código Penal Republicano, de 1890 (VARGAS, 2011, p. 13).

Em 1940, foi promulgado o Código Penal Brasileiro, o qual vigora até os dias atuais, nele a matéria relativa ao uso e comércio de drogas trazia em seu revogado artigo 281, a seguinte disposição: “Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar a consumo substância entorpecente”. A pena prevista era de 1 a 5 anos de reclusão e multa (BRASIL, 1940, [s.p.]).

O Brasil, apesar de possuir maior autonomia quanto à formulação de suas políticas, sofreu forte influência do modelo americano conhecido como Guerra às drogas, visto que buscou, desde o princípio, com o Código Penal Republicano, de 11 de outubro de 1890, coibir o comércio e o uso de entorpecentes, ao trazer, em seu ordenamento, duras sanções aos infratores. Entretanto, tal método demonstrou-se ineficiente, o que ocasionou diversas alterações nas legislações pátrias no que dizia respeito ao tema, contudo, sem, efetivamente, afastar do usuário a faceta de transgressor da lei, mantendo-o sob o jugo da penalização (CARNEIRO, 2016, p.11).

Na década de 1960, mais precisamente, a partir de 1964, o país passou a ser liderado por um regime de ditadura militar, fato este que muito contribuiu na conservação de uma ideologia voltada a proibição e penalização do uso e comércio de drogas, isso porque o regime adotado naquele período, perpetrou métodos que autorizavam a interferência estatal na vida privada da população, a qual se viu a mercê de um governo tirano e opressor, indo em absoluto desencontro com o que era buscado e implantado pela sociedade moderna independente (TRAD, 2009, p.66).

Foi promulgada a Constituição de 1967, a qual foi caracterizada pela perda de direitos e a legitimação da ditadura, sendo ela contemplada, de maneira histórica, como maior retrocesso democrático do país. Considerada, a mais repressiva de todas as constituições, ela se desfazia de boa parte dos preceitos democráticos da Constituição de 1946, o que serviu, na prática, de mero pretexto para a ação do governo militar sobre a vida pública (NETTO, 2016, p.112).

O Golpe Militar e a conseqüente perda de direitos foram fatores que não contribuíram na busca do Brasil por uma política de conscientização e revitalização, mas, sim, ocasionaram

um enorme retrocesso político e social, o que interferiu, quase que, diretamente, na manutenção do modelo proibicionista perpetrado.

Cerca de uma década mais tarde, no ano de 1976, ainda durante o regime de ditadura, passou a vigorar a Lei nº 6.368/1976. Tal lei dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, contudo, apesar de algumas inovações, esta manteve as características repressivas e punitivas ao porte de drogas para consumo próprio, prevendo em seu artigo 16²⁰, pena de detenção que poderia alcançar dois anos (BRASIL, 1976, [s.p.]).

A política implantada pela Lei nº 6.368/1976, conforma explica Reghelin (2008, p. 88-89) “[...] perdurou por quase 30 anos no ordenamento, prevendo tratamentos tão somente punitivos aos usuários e traficantes. ”, suas previsões legais permaneceram ligadas à ideologia imposta por uma política de repressão. Demorou para o legislador brasileiro passar a observar o consumo de drogas como um problema de saúde pública e não mais uma questão de cunho pertinente à lei penal. Segundo Garcia et al (2008, p.114) “[...] a problemática das drogas no Brasil esteve, em grande parte de sua história, mais conectada às questões de segurança do que às de saúde pública, tendo como enfoque a repressão em detrimento da prevenção. ”

O estado de repressão se perdurou durante décadas, evitando-se, de forma veemente, a implementação de políticas públicas que viessem a fornecer ao usuário tratamentos voltados a livrá-lo da dependência, pois acreditava-se que a repressão era o viés mais recomendado. Partindo dessa mesma concepção, expõe Lima (2012, p.114) da seguinte forma:

Então, o fato do Brasil ter adotado uma resposta eminentemente repressiva à questão das drogas, cuja resposta foi atualizada com a Lei Nº 6.368, merece contínua problematização, pois parece se tratar de uma “estrutura repressiva” que advém de determinações mais profundas da formação social brasileira e que se atualizou ao longo do século XX, alinhando-se a própria “estrutura” do proibicionismo internacional para a área das drogas. Assim, afirma-se que a influência observável dos tratados internacionais da área das drogas sobre a Lei Nº 6.368, de 1976 se deu com o consentimento de atores da sociedade brasileira que coadunavam com as idéias e interesses criminalizadores da experiência do uso de drogas, a fim de fortalecer uma ampla malha repressiva produzida e reproduzida na história da formação social do país.

Esse posicionamento, voltado à repressão e à punição, foi perpetrado pelo legislador brasileiro, o qual, apesar de diversas alterações na legislação pertinentes ao tema, se manteve vinculado e amparado pelo entendimento internacional exposto nos Tratados e Convenções, dos quais o país era signatário.

²⁰ Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – detenção, de seis (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A concepção de que a única forma de confrontar o uso e consumo indevido de drogas era por intermédio de uma forte política de proibição, foi amplamente disseminada pelas legislações mundiais. Acreditava-se que estratégias e ações punitivas desencorajariam os meros usuários, como também serviriam como forma de inibir traficantes que impulsionam e lucram com o comércio ilegal.

Contudo, a prática se demonstrou muito mais complexa, os altos índices de dependência, violência, desigualdade social, educação, saúde, e demais fatores, trazem à tona o fato de que o enfrentamento as drogas não é mais, tão somente, uma questão da esfera penal, a qual prevê a transgressão e a punição, mas, sim, um problema, associado à esfera social, visto se tratar de uma questão de saúde pública, o que evidencia a necessidade de políticas discriminatórias e inclusivas, direcionadas na contramão da criminalização.

As políticas proibicionistas são caracterizadas pela forte intervenção na vida privada e no âmbito da moralidade do indivíduo, visto que restringe as ações deste, por intermédio de fortes ações punitivas. Contudo, tais intervenções, não podem afigurarem-se, demasiadamente, invasivas, sob a ótica de acarretarem violações a preceitos e garantias fundamentais constitucionalmente adquiridos.

3 PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO USO DE DROGAS NO BRASIL: O MARCO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir desta seção, o objeto de estudo será cingido às previsões constitucionais, trazidas pela Constituição de 1988, no que dizem respeito aos direitos e garantias individuais, e o embate gerado pelo caráter criminoso e sancionatório imposto pela previsão legal que pune o usuário pela posse de droga, destinada ao consumo próprio.

A Constituição Federal, de 1988, é considerada o grande marco histórico nacional, na conquista de direitos e garantias individuais tidas como fundamentais na busca pela redemocratização político e social pátria, principalmente, em razão de que, na ocasião de sua promulgação, o Brasil findava um triste período de sua história, em que fora governado por uma ditadura, a qual perdurou nos anos de 1964 a 1985. Na época, o país se encontrava em um novo processo de redemocratização, em que havia a necessidade de devolver ao povo todos os direitos que lhes haviam sido suprimidos durante o processo ditatorial (NERVO, 2005, p.174).

A Lei Maior, promulgada em 05 de outubro de 1988, apresentou-se ao cenário nacional, como uma forma de restabelecer o que fora suprimido de seu povo durante o regime ditatorial, ao dispor em seu texto constitucional garantias e direitos individuais, que devolviam a eles a segurança de um país regido pela cidadania e pela democracia. Os direitos fundamentais, expostos no título II do referido Diploma Legal, podem, conforme explica Masson (2012, p. 191), ser definidos, da seguinte forma:

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).

Tais direitos cumprem, essencialmente, a função de limitar a intervenção do poder do Estado na esfera da vida privada do indivíduo, assegurando a ele, as decisões e iniciativas particulares que venham, tão somente, afetá-los tanto de forma positiva quanto negativa, desde que tais ações não venham a ferir ou ocasionar danos a terceiros. Nessa mesma premissa, assim entende Carvalho (2014, p. 374):

O Direito Penal não tem legitimidade de intervir nas opções pessoais, bem como não pode impor padrões de comportamentos morais que intensificam o desrespeito à diversidade e ao pluralismo. É indiscutível que a criminalização da posse de drogas para consumo próprio demonstra uma tendência moralizadora/padronizadora das vias penais que não se coaduna com os direitos e garantias individuais. Em razão destas garantias constitucionais do direito à intimidade e à vida privada os indivíduos possuem plena liberdade sobre seus atos e escolhas pessoais, desde que não invadam ou prejudiquem bens jurídicos alheios.

No que diz respeito à ação punitiva do Estado, em face a posse de entorpecentes para consumo próprio, o ato de punir, afronta alguns princípios fundamentais abarcados na Constituição de 1988, tais como, o princípio da intervenção mínima; princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF); princípio da lesividade ou da ofensividade e o princípio da alteridade (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Em um primeiro momento, há que se definir o que é um princípio constitucional e qual a sua relevância e aplicabilidade, perante o caso concreto. Segundo explica Novellino (2009, p. 132) “[...] um princípio faz parte de um ordenamento jurídico, o que se quer dizer é que os aplicadores do direito devem leva-lo em consideração, se for o caso, como critério determinante na escolha de um ou outro sentido”. ainda, segundo o entendimento doutrinário de Novellino (2009, p. 136), na ocorrência hipotética de conflito entre norma e princípio, via

de regra “[...] não há qualquer tipo de hierarquia normativa entre princípios e regras, sendo que qualquer umas das espécies poderá prevalecer sobre a outra caso estejam contidas em um estatuto de mesmo grau hierárquico”²¹. Dito isso, demonstra-se pertinente e necessário um aprofundamento, tanto na acepção quanto na abrangência de cada um desses princípios constitucionais, a fim de demonstrar a forma com que estes princípios são dispensados na ação do Estado que pune o usuário de drogas, tornando-a inconstitucional.

O princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana, encontra previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e busca garantir a liberdade dos indivíduos por meio da limitação do poder do próprio Estado. Dignidade, segundo Agostini (2009, [s.p.]) embasado no entendimento de Kant, pode ser definida, como:

[...] o sentimento de respeito: um sentimento a priori, destinado apenas à pessoas; um sentimento que impede que os seres humanos sejam tratados simplesmente como um meio, isto é, que sejam manipulados, instrumentalizados; e que, fundado na reciprocidade entre os seres humanos requer desses, que podem exercer sua capacidade de moralidade, não tratar como meros meios aqueles que não podem, mas considerá-los como fins em si mesmos, isto é, como se estivessem em condições para tal [...].

Para Lima (2012, p.33) “[...] o preceito do artigo 28 agride o princípio da dignidade humana, o qual possui posição privilegiada na Carta Magna por ser considerado basilar e norteador de toda e qualquer interpretação da ordem jurídica”. Segundo Moares (2000, p. 60):

A dignidade da pessoa humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nota-se, ser este um dos princípios basilares na construção de uma sociedade, quase que, utopicamente, almejada, um Estado ideal, de completa harmonia, em que o indivíduo é livre para agir, conforme seu arbítrio e sua íntima moralidade, livre das amarras impositivas dos poderes estatais. Com relação à expressa previsão constitucional deste princípio e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, esclarece Rocha (1999, p. 23):

[...] é relevante ressaltar o fato de que os ordenamentos normativos, obviamente, não concedem dignidade. O que eles fazem é apenas o reconhecimento da dignidade como dado essencial da construção do universo jurídico. Enquanto princípio constitucional, a dignidade permeia e orienta o ordenamento que a concebe como

²¹ Esclarece-se, contudo, que o Código Penal Brasileiro, bem como, a Lei de Tóxicos, objetos do presente estudo, são normas, de caráter e aplicabilidade infraconstitucional, portanto, nos casos de conflito, o que está previsto constitucionalmente, deverá prevalecer perante tais ordenamentos.

fundamento, porém seu significado é muito mais amplo que a conceituação jurídica que venha a ser adotada. A dignidade prevalece como condição da essência humana, ainda que um dado sistema jurídico não a conceba.

Ou seja, a dignidade inerente da pessoa humana ultrapassa a relevância da previsão expressa em ordenamento normativo vigente, pois é essencial para a obtenção de uma sociedade livre e igualitária, em que o Estado apenas cumpre as funções a ele instituídas, sem invadir ou violar a vida privada do cidadão, garantindo a ele autonomia e dignidade.

Na mesma premissa buscada pelo princípio da dignidade, quase que com o mesmo objetivo, contudo, bem mais abrangente ao âmbito do Direito Penal, destaca-se o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*²² como também é conhecido. Este tem como função orientar e limitar o poder incriminador do Estado e só é utilizado se comprovado meio necessário para prevenção de ataques contra bens jurídicos relevantes, serve como fundamentador em casos extremos (BITENCOURT, 2017, p.60).

O referido princípio, conforme pode ser observado, busca limitar o intervencionismo do Estado, ao restringir sua atuação aos casos em que houver real necessidade, quando o objeto da intervenção seja a sociedade em toda a sua abrangência, para fins de resguardar o bem maior, sem, contudo, invadir a vida privada do indivíduo, permitindo-se somente em casos excepcionais. Ou seja, não pode o Direito Penal servir de instrumento único de controle social, dessa forma, estaria banalizando a sua atuação, a qual deve ser subsidiária, isto é, a última alternativa (GRECO, 2009, p.79).

O princípio da lesividade ou da ofensividade não encontra previsão expressa na Constituição, mas detêm base constitucional, mesmo que de forma implícita. O artigo 13 do Código Penal Brasileiro determina que “o resultado de que depende a existência de um crime somente é imputável a quem lhe deu causa”. Isto é, para que haja desvalor da conduta, se exige, por força legal, desvalor do resultado, ou seja, sem resultado, não há ofensa, nem prejuízo a bens jurídicos (BRASIL, 1940, [s.p.]).

O princípio da lesividade compõe o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos constitutivos do crime, sendo este a natureza do resultado e os efeitos que produz. Portanto, a absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos dispostos como proibidos. Segundo Ferrajoli (2006, p. 427-429):

Somente as proibições, da mesma forma que se dá em relação às penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais

²² Expressão latina que significa última razão ou último recurso a ser utilizado.

dos cidadãos. O princípio da lesividade tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração de um direito penal mínimo, facilitando uma fundamentação não teleológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais.

O Direito Penal deve limitar sua atuação a real necessidade, não deve se abster de seu papel sancionatório, responsável por gerar sentimento de segurança à sociedade, contudo, deve ser dispensado aos casos em que não houver qualquer espécie de detrimento que vitime a população. O princípio em questão, conforme explica Araújo (2012, p.11), possui quatro funções, sendo elas: “A) impede a incriminação de condutas internas²³; b) impede a incriminação da autolesão²⁴; c) impede a incriminação de meros estados existenciais²⁵; d) impede a incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico”.

Ou seja, cumpre, o princípio, funções fundamentais no Direito Penal, além de proibir as incriminações por atitudes internas, como ideias ou desejos, veda também, as inculpações por condutas que não ultrapassem a pessoa do próprio agente, isto é, devem ser afastadas condenações criminais nas quais, apesar de haver adequação da conduta à norma, não estiver configurada ofensa à bem jurídico protegido.

Por fim, se vislumbra, o princípio da alteridade, este, foi desenvolvido pelo penalista alemão Claus Roxin, e tem como acepção a proibição de que sejam incriminadas as condutas que dizem respeito a atitudes, meramente, individuais, ou seja, aquelas que não ofendem a nenhum bem jurídico ou direito e interesse de terceiros. Isto é, ações consideradas imorais, inapropriadas, mas que são puramente internas e particulares, não podem ser penalizadas, ante a ausência do elemento da lesividade, o qual é o que traz legitimidade a intervenção penal. Em face desse princípio não se punem, as chamadas autolesões, salvo no caso em que a ação gere prejuízos a terceiros (LEITE, 2012, p.10).

Desse modo, entende-se, que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afronta o princípio da alteridade, pois a conduta não transcende a esfera individual, portanto, o Estado retira do indivíduo a prerrogativa de gerir sua vida da maneira que julgar adequada, o que ocasiona violações ao direito à liberdade, à intimidade e à inviolabilidade da vida privada. Segundo Karam (2013, p. 25):

²³ “[...] a cogitação, os pensamentos, os atos não exteriorizados, por si só, não podem ensejar o reconhecimento do crime, muito menos a aplicação da pena (*cogitationis poenam nemo patitur*);”

²⁴ “[...] também são excluídas do campo de atuação do Direito Penal as condutas que não excedam o âmbito do agente. Esta a razão pela qual não se pune, no Brasil, o suicídio tentado. [...] Em resumo, por força desta função, só se permite a incriminação de condutas que representem uma lesão a bem jurídico alheio;”

²⁵ “[...] o Direito Penal moderno é o direito penal do fato, não o direito penal do autor. Em outras palavras, o agente responde por aquilo que faz, e não por aquilo que é. Esta consagração do direito penal do fato é decorrência do princípio da lesividade, que impede a incriminação destes estados existenciais;”

A simples posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.

Visto o que dispõem cada um dos referidos princípios constitucionais, demonstra-se, plausível, a acepção de que a ação punitiva do Estado em face do usuário de drogas, incide de forma violadora no ordenamento jurídico nacional, uma vez que, intervém de forma excessiva, o que pode ocasionar grave infringência ao o texto constitucional garantidor.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28²⁶ DA LEI Nº. 11.343/2006: ATUALIDADE DO DEBATE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Nesta terceira e derradeira seção, será feita uma abordagem da disposição do artigo 28 da Lei em comento, buscando explicar as divergências e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, levantadas a partir de seu advento, principalmente, no que diz respeito ao delito da posse de drogas para consumo próprio²⁷.

A Lei nº 11.343, foi publicada em 23 de agosto de 2006 e passou a vigorar em 08 de outubro de 2006, o que gerou a revogação total das Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, trazendo uma nova disciplina acerca da questão relativa ao uso e ao tráfico de drogas, além de trazer significativas mudanças em relação às sanções penais para os crimes nela contidos (BRASIL, 2006, [s.p.]).

Entre suas principais inovações, em um comparativo com as legislações anteriores, foi a imposição de medidas de prevenção ao uso indevido, bem como medidas para a reinserção social dos usuários e dependentes. Tão logo, o advento da referida Lei, levantou-se uma pulsante divergência doutrinária, sendo ela, a respeito de ter ocorrido uma despenalização, ou até mesmo, uma descriminalização da conduta de portar drogas, destinadas ao consumo próprio (CARNEIRO, 2016, p.14).

Em meio à discussão de tal controvérsia, surgiram correntes doutrinárias favoráveis e também contrárias à ideia da ocorrência de despenalização do delito. A primeira corrente, foi

²⁶ 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 a programa ou curso educativo.

²⁷ Art.28. § 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.

liderada por Gomes (2007, p.109), o qual entendia que “[...] o delito se trata de infração sui generis, inserida no âmbito do Direito judicial sancionador, não sendo norma administrativa, nem penal”, uma vez que, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, artigo 1º, só há crime se for prevista pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulativamente, o que não ocorre no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Desse modo, em seu entendimento, a conduta, havia perdido o caráter delitivo.

Ao realizar um comparativo entre o artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/1976 e o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, em vigência, é possível perceber a clara mudança de tratamento prestado ao usuário de drogas, ao deixar de abordá-lo como, tão somente, um infrator da lei, mas sim como alguém que necessita, em um primeiro momento, auxílio para ser reinserido na sociedade. Contudo, sem retirar da conduta o caráter criminoso, que libertaria o usuário, das sanções punitivas do Estado.

Ainda sob o aspecto doutrinário da questão, a corrente que defendia a ocorrência de mera despenalização da conduta, por não mais haver previsão de pena restritiva de liberdade, emergiu de forma majoritária, afastando de pronto, o questionamento a respeito da descriminalização, firmando entendimento de que o legislador manteve o caráter delitivo da posse de drogas para consumo próprio, amparado pelo perigo abstrato²⁸ da conduta, mas concordou, com a tese levantada pela corrente minoritária, a respeito da despenalização do delito. A exemplo desse entendimento majoritariamente defendido, explica Marcão (2015, p. 53):

É certo que o art. 1º da LICP é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na sua Parte Geral [...]. O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão, segundo entendemos. As molduras estreitas que decorrem do referido dispositivo legal não permitem uma melhor visão da realidade atual e, em decorrência, não se prestam a uma completa, acabada e irretocável classificação do que seja ou não crime ou contravenção, nos limites que a Lei de Introdução cuidou de definir.

Visto a questão não encontrar pacificidade doutrinária, tornou-se necessário, um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a respeito da divergência, a fim de estabelecer segurança jurídica acerca do delito em comento. A Turma se posicionou, por meio do informativo nº 456, resolvendo questão, no sentido de que o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006

²⁸ Crimes de perigo abstrato são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto (BOTTINI, 2010, p.29-30).

não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal. Considerou-se que a conduta antes descrita no artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização.

Assim, entende-se que a questão a respeito da descriminalização restou superada, visto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual acolheu a ocorrência da despenalização, mas manteve o caráter delitivo da conduta, ou seja, insistiu na aplicação de uma política proibicionista e repressiva, mesmo que tenha, retirado do ordenamento, a hipótese de punir o usuário, na forma de restringir sua liberdade.

Contudo, após o posicionamento da Turma do Supremo, que firmou entendimento de que a conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não deixara de ser crime, restou, em aberto, a questão de maior relevância, no âmbito nacional das políticas de enfrentamento às drogas, sendo ela, a respeito da arbitrariedade da ação do Estado, que pune o usuário, pela conduta de portar drogas destinadas ao seu próprio consumo, embasada tal teoria, na violação de princípios constitucionais garantidores, previstos na Lei Maior de 1988.

Para Bonavides (1999, p. 396) “A lesão ao 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.” Conforme visto nas seções anteriores do presente artigo, no transcorrer dos últimos dois séculos, várias foram as alterações normativas, relativas ao combate a disseminação do uso de drogas, tanto no âmbito internacional, quanto nacional, utilizando-se, como principal método, a abordagem repressiva e proibicionista, método este, que evidentemente fracassou, haja vista o cenário nacional atual.

Atualmente, muitos são os defensores da implantação de uma política que descriminalize as drogas no país, visto que as políticas anteriormente e atualmente aplicadas, se demonstraram ineficazes e inadequadas aos objetivos buscados. Entre os grupos que defendem essa ideologia, destaca-se o jurista José Henrique Torres, o qual é membro e porta voz da Associação dos Agentes da Lei contra a Proibição, que defende a legalização, regulação e controle da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas no território nacional (LEAP, 2018, [s.p.]).

No ano de 2008, em julgamento ao recurso de Apelação nº 01113563.3/0- 0000-000²⁹, junto a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça Criminal, do Estado de São

²⁹ EMENTA: [...] O art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil

Paulo, o então Relator José Henrique Torres, manifestou-se pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11. 343/2006. A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola princípios de direitos humanos, que são constitucionais, como o princípio da lesividade, da igualdade, respeito às diferenças e liberdade da vida privada. Viola também, os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado, como a idoneidade, racionalidade e subsidiariedade. Segundo ele, a criminalização somente é mantida, atualmente, em razão de uma ideologia de controle social, que contraria a ética da dignidade humana (TORRES, 2008, [s.p.]).

Em 20 de maio de 2014, ocorreu uma audiência pública, junto a Casa do Senado, relativa à descriminalização da posse de drogas para o consumo próprio, dentre os convidados, além do jurista José Henrique Torres, esteve presente também, a juíza aposentada Maria Lúcia Karam, a qual, em seu pronunciamento, defendeu e argumentou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, além de explanar, de forma categórica, a respeito da ineficácia da política de proibição perpetrada pela legislador nacional. Karam assim iniciou sua explanação:

A posse de drogas para uso pessoal é conduta que traz perigo tão somente para a própria saúde do indivíduo que a realiza, dizendo respeito, assim, unicamente, a suas opções pessoais, intimidade e liberdade. Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir em condutas dessa natureza. Em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los [...]. (SENADO FEDERAL, 2014, [s.p.]).

Ou seja, segundo seu entendimento, a ação punitiva do Estado em face ao delito de portar drogas destinadas ao consumo próprio é inconstitucionalmente manifesta, vez que fere o princípio da lesividade, pois a conduta não transcende a pessoa do usuário. Além disso, como forma de reforçar seu posicionamento, cita como exemplo, decisões das Cortes Supremas da Colômbia e da Argentina, as quais declaram a inconstitucionalidade da conduta análoga à prevista no artigo 28 da Lei de Drogas. Estendendo sua defesa a necessidade da descriminalização das drogas, como questão de saúde pública, Karam (2014, s/p.) assim concluiu:

[...] Não são as drogas que causam violência, o que causa violência é a proibição. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. É, sim, o fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas simultaneamente trazendo a violência como um subproduto das suas atividades econômicas. [...] A guerra às drogas mata muito mais do que as drogas. [...] Além de provocar violência e mortes, ao tomar a irracional decisão de enfrentar um problema

de saúde com o sistema penal, o Estado agrava esse próprio problema de saúde. A proibição causa maiores riscos e danos à mesma saúde que, enganosamente, anuncia pretender proteger [...].

Isto é, para Karam, o método repressivo e criminalizador fracassou em seus meios e foi ineficaz em seus objetivos, visto que a guerra às drogas mata muito mais que as próprias drogas, situação exemplificada pelas chacinas ocorridas em comunidades carentes, em que o comércio clandestino ocasiona violência e mortes, principalmente de jovens de classe média baixa. A questão da inconstitucionalidade é evidente, sendo agora, necessário, de forma urgente, legalizar a produção e o comércio das drogas, para assim, promover métodos reguladores que atinjam os efeitos necessários à saúde pública nacional (KARAM, 2015, p.03).

Levantada e debatida a hipótese de inconstitucionalidade do artigo 28, a discussão tornou-se objeto de recurso extraordinário, que encontra previsão e hipóteses de cabimento, dispostas no artigo 102, da Constituição Federal vigente. O recurso extraordinário nº. 635.659/SP, obteve repercussão geral³⁰, visto a questão abranger grande número de interessados e pela necessidade de pacificação da matéria, uma vez que o debate da questão se dirigiu à uma possível ingerência do legislador que acarretou em uma norma fundida em preceitos que, em tese, resultaram em uma inconstitucionalidade presente e aplicável no ordenamento jurídico vigente. O recurso tem como relator, o Ministro Gilmar Mendes.

O julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP no Supremo Tribunal Federal teve início em agosto de 2015, até o momento, Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso votaram pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei no 11.343/06.³¹ A partir disso, faz-se uma análise dos votos dos referidos Ministros a respeito do tema. Mendes votou pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 28, caput, da Lei nº. 11. 343/2006, sendo acompanhado, parcialmente, por Barroso e Fachin. Em seu voto ao recurso, o Ministro Gilmar Mendes, (STF, 2015, p. 38-40), analisou o tema do seguinte modo:

³⁰ REPERCUSSÃO GERAL NO RE 635.659/SP. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal. [...] 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, entendendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional. Recurso Extraordinário Nº RE63569 julgado em 20 de Agosto de 2015, Relator: Ministro Gilmar Mendes (STF, 2015, [s.p.]).

³¹ Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o qual seria o próximo a manifestar-se nos autos de recurso, o pedido de vista foi herdado pelo Ministro Alexandre de Moraes, sendo este, o responsável por dar seguimento à votação.

[...] a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social.

Um dos principais fatores que motivaram os referidos votos foi a respeito da divergência entre o dispositivo que penaliza a posse de tóxicos e a finalidade que levou a conduta a ser considerada como crime. Isto é, a tipificação como delito não está demonstrando eficácia em atenuar a disseminação de drogas no território nacional, tampouco cumprindo fins de saúde pública. É de entendimento comum, que toda norma jurídica deverá atender determinada finalidade, não possuindo um fim em si própria.³²

O Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a finalidade da Lei de Tóxicos, destacou a inexistência de qualquer referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para o uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendia tutelar. Argumentou, que o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, pessoa em estado de vulnerabilidade, que merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidade de reinserção social, tornou evidente, a nítida contrariedade entre meios e fins (STF, 2015, [s.p.]).

Isto é, não há conformidade entre a finalidade do dispositivo e os meios buscados para alcançá-la, visto que, se pune o usuário, que necessita de atenção e de reinserção social, sob o prisma do Direito Penal, oferecendo a ele, tratamento coincidente ao de qualquer outro ilícito, apesar da impossibilidade de pena privativa de liberdade. Em consequência da criminalização da conduta, obtém-se, como resultado, o exato oposto dos objetivos almejados. Nota-se, haver, uma sucessão de fatores, da criminalização vem a marginalização do usuário e seu afastamento do sistema de saúde e imediata inserção no ciclo de reincidência criminal (KARAM, 2013, p.08).

³² Segundo o penalista Dias (2007, p. 78): “O direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal (hoc sensu, contratualista social) de subtrair à disponibilidade (e à “autonomia”) de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias indispensáveis para o funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais: e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade. Se assim é, então também a pena criminal – na sua ameaça, na sua aplicação concreta e na sua execução efetiva – só pode perseguir a realização daquela finalidade, prevenindo a prática de futuros crimes.”

Outra questão citada, quando da referida votação, foi o fato de que eventuais crimes, praticados, em razão da dependência química, já são punidos por si só, não havendo sentido, ou mesmo resultado, em punir, eventual lesão ao bem comum (RODRIGUES, 2016, p.39).

Aos que entendem pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei em comento, define-se o delito, como sendo de perigo abstrato, contudo, a ideia de perigo potencial ou abstrato é trabalhada dentro da legislação pátria, de forma controversa, a exemplo disso, cita-se o delito de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro. Neste delito, pune-se a conduta de colocar o veículo em movimento sob o efeito de substância psicoativa, embasando-se no perigo que tal ação pode gerar à sociedade, ou seja, não se considera a existência de perigo no mero consumo de álcool, mas, sim, nas condutas posteriores. A contrariedade surge na medida em que o consumo de álcool recebe intervenção do Direito Penal somente no momento em que é somado à conduta de colocar o veículo em movimento, diferentemente do uso de tóxicos, que é considerado danoso por si só (CARNEIRO, 2016, p. 34).

Refuta-se também, o argumento de ligação direta da posse com a disseminação das drogas, uma vez que, eventual comércio ou repasse já se encontra tipificado como Tráfico de Drogas é, obviamente, digno da repressão estatal. Contudo, no caso do delito em tela, o consumo, por si só, encontra censura no âmbito moral. Neste sentido, foi o voto do Ministro Fachin:

O usuário de drogas que furta ou rouba para sustentar seu vício deve ser punido pelas ações delituosas de furto ou roubo, mas não pelo uso em si da droga [...]. Vale dizer, o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas, eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal (STF, 2015, [s.p.]).

Em seu voto, Mendes questionou, ainda, sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros, o que fere o princípio da lesividade (STF, 2015, [s.p.]).

Entende-se, portanto, como necessária uma nova abordagem sobre o tema, notadamente porque, a conduta tida como crime, não abalou os índices de consumo, ou seja, a criminalização falhou, integralmente, em seu objetivo, e ainda contribui a novos injustos ao invés de solucionar o fato social propriamente dito. Sob esta perspectiva, colhe-se o voto do Ministro Barroso:

O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico

sobre comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo. Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema. (STF, 2015, [s.p.]).

Diante da ausência de bem jurídico lesado, o Ministro Barroso (STF, 2015, [s.p.]) trouxe o princípio da lesividade como fundamento ao seu voto, voltando-se, principalmente, a questão relacionada a legalização da substância *cannabis sativa*, conhecida como maconha. Barroso entende que o princípio da lesividade exige conduta que viole bem jurídico alheio, o que tal conduta não configura, pois se mantém no âmbito individual, o que impede o Estado de atuar para a penalização:

Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma.

O texto do artigo 28 é bastante claro quando delimita a conduta para consumo pessoal, o que demonstra, como se extrai do entendimento dos eminentes juristas, o exclusivo dano ao âmbito privado do agente, o qual coloca em risco apenas e tão somente a sua saúde de forma individualizada, não havendo, portanto, ofensa alguma à saúde pública (RODRIGUES, 2016, p.33).

Ademais, considera-se também, que o dispositivo viola o princípio da igualdade, o qual também encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, Carvalho (2014, p. 373) explica que a “ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias”, a exemplo do álcool e do tabaco, visto que ambos possuem capacidade de causar dependência física ou psíquica, mas foram declarados lícitos, não sendo punido o consumo destes.

Percebe-se, portanto, pelos argumentos anteriormente elencados, que o dispositivo do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, trata-se de norma inconstitucional, sendo tal entendimento, embasado pelas fundamentações e teses argumentativas de doutrinadores, juristas e, principalmente, pelos membros da Suprema Corte Nacional. Os votos de Mendes, Barroso e Fachin, basicamente ilustraram a ineficácia da atual política proibicionista, demonstraram a tendência mundial e a necessidade de mudança desta política e, especialmente, explanaram as violações constitucionais resultantes da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão problemática do consumo de substâncias entorpecentes se perpetua na sociedade há muito tempo, situação que se agravou, consideravelmente, com o passar dos séculos. O comércio de tais substâncias nem sempre foi ilícito, sendo inclusive, por certo período, moeda de troca nos comércios de importação e exportação marítima, como foi o caso do ópio, no final do século XIX, oportunidade em que ocasionou a maior epidemia de consumo de drogas.

Contudo, após anos de experiência e manutenção dessa política proibitiva, constata-se que tal método, é ineficiente aos fins a que se destina, pelo contrário, intensifica os danos atinentes ao consumo de drogas. O insucesso deste tipo de política proibicionista é evidente, por esta razão, se faz necessária uma nova abordagem, que se busque por outras alternativas, que venham a potencializar e tornar eficaz o enfrentamento aos malefícios causados pelas drogas.

No Brasil, desde o princípio, apostou-se em uma política repressiva, como forma de inibir usuários e traficantes, impondo a eles duras sanções penais. As demais legislações pátrias que vieram a seguir, mantiveram a criminalização ao consumo de drogas. Atualmente, a Lei nº, 11.343, de 2006, é a norma vigente, relativa às ações relacionadas às drogas. O artigo 28 desta prevê como crime as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, submetendo, aos que incorrem neste tipo, penas restritivas de direito e advertência, adversas de qualquer tipo de penas privativas de liberdade, conforme, anteriormente, previstas.

Fato é que tal dispositivo causa divergência jurídica e doutrinária, visto que discute o bem jurídico tutelado pela norma, o reflexo causado na saúde pública e na saúde individual do usuário, e principalmente, a ausência de legitimidade da intervenção do Estado na vida privada do indivíduo, que ao fazer uso de substância ilícita não afeta nenhum bem jurídico se não, apenas, a sua própria saúde. As lacunas deixadas pela disposição do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, bem como, a indevida e ineficaz criminalização do usuário de drogas, esbarra e causa violação a preceitos e garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal de 1988, sendo este o fundamento e o amparo basilar da tese que entende o dispositivo como inconstitucional.

A referida controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário 635.659/SP que levou a questão para apreciação da Corte, sob o argumento que o tipo penal disposto no artigo 28 viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Desse modo, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Barroso, os quais já apreciaram a questão, entenderam, que de fato, o tipo penal se tratava de uma ingerência que havia culminado em uma inconstitucionalidade. A título de argumentação, a primeira violação suscitada foi o princípio da lesividade, uma vez que, o Direito Penal não deve punir condutas que afetem apenas o agente, caso contrário, estaria punindo a autolesão, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

O dispositivo viola também, os princípios da dignidade humana, direito à vida privada e à intimidade, visto que a Constituição assegura aos indivíduos a soberania de tomarem as decisões que julgarem adequadas, desde que não atinjam o direito alheio. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade também são violados, na medida em que a lei falha ao estabelecer critérios controversos de diferenciação entre usuário e traficante, além do fato que a determinação se esta ou aquela droga é ilícita decorre, unicamente, de decisão arbitrária do legislador, a exemplo do álcool e do tabaco, fato que não deveria ocorrer em um Estado Democrático de Direito.

A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 foi defendida no presente trabalho, em consonância com as decisões dos Ministros no Recurso Extraordinário nº. 635.659/SP, que também reconheceram as violações constitucionais presentes no dispositivo. Aguarda-se que o julgamento do Supremo Tribunal Federal prossiga no sentido de descriminalizar a conduta de posse de drogas para consumo pessoal, e faça cessar essa constante violação aos preceitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal. Cumpre ressaltar, por fim, que a descriminalização é o passo inicial para a criação de políticas mais humanas e menos danosas, que sejam realmente eficazes, e tenham como objetivo norteador, o respeito aos direitos dos usuários, tratando-os de maneira adequada e que torne possível sua recuperação e consequente ressocialização.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia**: fundamento da dignidade humana em Kant. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/2823>>. Acesso em 14 maio 2018.

ARAÚJO, Fábio Roque. **Princípios Constitucionais Penais e os Direitos Fundamentais**. 2012. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34482804/5-Fabio_Roque_Principios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.e%3DPRINCIPIOS_CONSTITUCIONAIS_PENAIIS_E_OS_D.pdf>. Acesso em 18 maio 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado do Direito Penal: Parte Geral**. 23ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2010. Disponível em: <http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/02_02_2013.pdf>. Acesso em 04 maio 2018.

BRASIL, **Decreto-Lei No 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 maio 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 maio 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 05 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em 13 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em 01 maio 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 05 maio 2018.

_____. Senado Federal. **Audiência Pública sobre a descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal**. 20 de maio de 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/2609>>. Acesso em 23 maio 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARNEIRO, Priscila Vasconcellos. **(In)constitucionalidade da posse de droga para o consumo próprio**: Uma análise jurisprudencial da última década na cidade do Rio de Janeiro. PUC, Departamento de Direito, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, JC de. **Uma história política da criminalização das drogas no Brasil**: A construção de uma política nacional. Universidade do Estado do Rio de Janeiro–UERJ. Núcleo de Estudos Interdisciplinares de Psicoativos, 2011. Disponível em: <https://neip.info/novo/wpcontent/uploads/2015/04/carvalho_histria_politica_criminalizao_drugas_brasil.pdf>. Acesso em 03 maio 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Maria Lúcia Teixeira; LEAL, Fabíola Xavier; ABREU, Cassiane Cominoti. A política antidrogas brasileira: velhos dilemas. **Revista Psicologia & Sociedade**, v. 20, n. 2, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

INTERNATIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD. **Referências ao Brasil**. 2012. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso em 05 maio 2018.

KARAM, Maria Lucia. Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, nº 167, 2006.

_____. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. **Law Enforcement Against Prohibition** – LEAP Brasil, 2013.

_____. **Legalização das drogas**. São Paulo: Estúdio. com, 2015.

LAW ENFORCEMENT AGAINST PROHIBITION - LEAP Brasil. **Agentes da Lei Contra a Proibição**. 2018. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/>>. Acesso em 15 maio 2018.

LEITE, Gisele. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45281382/Breves_consideracoes_Penal_Inimigo.pdf?AWSApdf>. Acesso em 10 maio 2018.

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

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **O problema das drogas no Brasil**: revisão legislativa nacional. *Libertas*, v. 10, n. 1, 2012.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11. 343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. V.1. 6ed. Rio de Janeiro: Forense; 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERVO, Adriano Codato. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de Sociologia e Política**, n. 25, 2005.

NETTO, José Paulo. **Pequena história da ditadura brasileira (1964-1985)**. Petrópolis: Cortez Editora, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Drogas**: Marco legal. 2018. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em 05 Maio 2018.

PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil**: discussão de modelos alternativos. 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103351>>. Acesso em: 07 Ago. 2018.

POSSAMAI, Angélica Pereira. **O princípio da insignificância e seus fundamentos. 2014**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30038/principio-da-insignificancia-e-seus-fundamentos>>. Acesso em 20 maio 2018.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Org.). **Lei de Drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Interesse Público**, v.1, n. 4, 1999.

RODRIGUES, Miguel de Almeida. **Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. 2016**. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/14793>>. Acesso em: 07 Ago. 2018.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2ed. São Paulo: APMP, 2016.

SILVA, Marco Aurélio da. **Política Pública Carcerária**: Uma Institucionalizada Violação de Direitos Fundamentais Impulsionada pela Criminalização das Drogas. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/13018/pdf>>. Acesso em 01 maio 2018.

TRAD, Sergio. **Controle do uso de drogas e prevenção no Brasil**: revisitando sua trajetória para entender os desafios atuais. Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas. 2009. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=TRAD%2C+Sergio.+Controle+do+uso+de+drogas+e+preven%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil%3A+revisitando+sua+trajet%C3%B3ria+para+entender+os+desafios+atuais.+Toxicomanias%3A+incid%C3%Aancias+cl%C3%ADnicas+e+socioantropol%C3%B3gicas.+2009.&btnG=>>. Acesso em 07 Ago. 2018.

VARGAS, Jonas. **O homem as drogas e a sociedade**: Um estudo sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/jonas_vargas.pdf>. Acesso em 01 maio 2018.

**LAW NO. 11.343/2006 IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF
1988: CONSIDERATIONS ON THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE
CRIMINALIZATION OF DRUG USE**

ABSTRACT

The present article will address the issue of drug use and undue trade in the first place on the international scene, in order to demonstrate the ineffectiveness of the probationary policy perpetrated over the years, in addition to exposing the need for new alternatives. Then, the old national legal predictions, which deal with drugs, will be presented. In its second section, an explanation will be made regarding the constitutional principles, in theory, violated by the sanctioning policy applied, as well as, in a third moment, a deepening will be sought in relation to the crime of possession of drugs, when destined for personal consumption, established by current law. The objective of this study is listed in the discussion regarding the (in) constitutionality of article 28 of Law 11,343/2006. Methodologically, a qualitative bibliographical research will be carried out. The bibliographical research seeks to explain and discuss the theme based on theoretical references published in books, journals, periodicals and others, as well as analyzing scientific content on the subject studied.

Keywords: Unconstitutionality. Decriminalization. Law of Toxic. Constitutional principles. Use of drugs.