

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS (LEI Nº  
11.343/06)**

**THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF ART. 28 OF THE ANTIDROGAS LAW (LAW  
Nº 11.343 / 06)**

Weliton Luiz Nunes Pereira<sup>1</sup>  
Esp. Fabiane Aride Cunha<sup>2</sup>

**RESUMO**

O trabalho em questão, a (IN) Constitucionalidade do Art.28 da Lei antidrogas (LEI Nº 11.343/06), é um estudo que apresenta um eventual conflito de uma Lei infraconstitucional em face da Constituição de 1988. Contudo, o estudo levantado tende a ser analisado, pois o legislador achou por necessária a formulação da referida lei e quanto ao Art. 28 desta, tal dispositivo influencia as esferas de segurança pública e da saúde pública e fere a autonomia da vontade, violando a privacidade e a intimidade de cada indivíduo, previstas no Artigo 5º, inciso X da Carta Magna. Será verificado que o legislador ao penalizar a posse de droga, tornando criminoso qualquer pessoa que adquirir ou possuir droga para consumo pessoal, representa uma verdadeira afronta a um Estado Democrático de Direito. Será demonstrado de forma abrangente que o Poder Estatal é ineficiente em relação ao combate ao tráfico de drogas, pois ao invés de combater somente o traficante com penas rígidas, achou por bem continuar penalizando também quem faz uso de droga, o que é uma aberração.

**Palavras-chave:** Drogas; Artigo 28 da Lei nº 11.343/06; Inconstitucionalidade; Usuário; Descriminalização.

**ABSTRACT**

The work presented, the (IN) Constitutionality of Art. 28 of the anti-drug Law (LEI No. 11.343 / 06), is a study that presents an eventual conflict of an infraconstitutional Law in the face of the 1988 Constitution. However, the study raised tends to be analyzed, since the legislator considered it necessary to formulate a certain law and as regards Article 28 of the drug law, such a device influences the spheres of public security, public health and injures the autonomy of the will, violating the privacy and intimacy of each individual, foreseen in Art.5th item X in the Constitution, it will be verified that the legislator when penalizing the possession of drugs, making criminal any person who acquires, or possesses drugs for personal consumption, a true affront to a Democratic State of Law in that research we will comprehensively demonstrate that the State Power is inefficient in relation to combating drug trafficking, instead of fighting the trafficker found it easier to criminalize and penalize than to z drug use (an aberration).

**Keywords:** Drugs; Article 28 of Law 11.343 / 06; Unconstitutionality; User;

Decriminalization.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo vem propalar a sistemática dos problemas apresentados no Estado brasileiro para compreender a discussão da lei de drogas (Lei 11.343/2006) que se encontra perante o Supremo Tribunal Federal (STF), quanto à (In) constitucionalidade do seu art. 28 que prevê como crime “a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” (BRASIL, 2006, online)

O estudo refere-se a um caso concreto com pedido de inconstitucionalidade formulado nos autos do Recurso Extraordinário nº. 635.659, com repercussão geral reconhecida, com base, em resumo, na alegação da Defensoria Pública do Estado

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito. E-mail: welitonmaquiavel@gmail.com

<sup>2</sup> Esp. Direito Penal e Direito Ambiental. E-mail: prof.fabiane.cunha@doctum.edu.br

de São Paulo de que o mencionado dispositivo viola os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O trabalho é de suma importância para a sociedade, juristas, acadêmicos, pois nele serão apresentados vários princípios constitucionais brasileiros, bem como será esclarecido aos leitores se o artigo 28 da lei de drogas (Lei 11.343/2006), é inconstitucional, bem como, serão apresentadas opiniões de vários doutrinadores como Fernando Capez, Rogério Sanches, Luiz Flavio, Victor Eduardo, Vadi Lammêgo, Paulo Rangel e outros e, por fim, será mencionado o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes.

O principal objetivo deste trabalho científico é para que a sociedade, juristas e acadêmicos tenham uma visão ampla em relação às pessoas que consomem ocasionalmente ou eventualmente drogas ilícitas e diferenciá-las daquelas que são dependentes químicos e ao final argumentar que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 viola o inciso x do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Durante a apresentação deste trabalho, será dado o passo a passo para a internação compulsória dos dependentes químicos no Brasil, contribuindo assim para que milhares de famílias tenham uma melhor orientação jurídica.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI DE DROGAS NO BRASIL**

### **2.1 Lei Nº 6.368 de 1976**

A Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, penalizava o traficante ou aquele que estivesse na posse de entorpecente mesmo para consumo pelo mesmo crime, com pena de um a cinco anos de reclusão. Tal matéria foi novamente alterada pelo Decreto-Lei nº 385, de 26 de novembro de 1968, que passou a punir qualquer pessoa que incentivasse ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que causasse dependência física ou psíquica, aumentando ainda um terço da pena para propagação a menor de 16 anos.

A Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971 substituiu o mencionado Decreto-Lei e regulamenta medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes.

A Lei 6.368 de 21 de dezembro de 1976 tratou de regulamentar a matéria acima referida e depois veio a edição da Lei nº 10.409 de 11 de janeiro de 2002, que pretendia pacificar toda a questão referente ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes, mas não previa tipificações penais referente a estes crimes.

Durante vinte e seis anos vigorou a Lei nº 6.368 de 1976, que coibia e punia condutas relacionadas ao porte e tráfico de drogas. Essa lei não se mostrava mais eficaz, considerando o aumento da criminalidade, principalmente o crime organizado. Os métodos utilizados para o combate ao tráfico, ao usuário e aos dependentes de drogas, contribuíram com o inchaço prisional.

A mencionada lei tratava tanto o traficante quanto o usuário e o dependente como criminosos que necessitavam ser presos.

A Lei nº 6.368/76 trouxe de forma separada a tipificação das ações praticadas pelo usuário e pelo traficante, sendo que o seu artigo (BRASIL, 1976, online).

12 previa a punição para o indivíduo que praticasse as seguintes condutas: Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configurando, portanto, os 18 (dezoito) verbos núcleo que correspondem ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Já o artigo 16 da mencionada lei previa a punição para o indivíduo que praticasse as seguintes condutas: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal” (BRASIL, 1976, online) regulamentar, configurando, portanto, os 03 (três) verbos núcleo que correspondem à aquisição, depósito e porte de entorpecentes para uso próprio.

Portanto, o artigo 16 era sucinto em relação ao artigo 12 que tratava do traficante, trazendo apenas 3 condutas típicas. Este diploma trouxe a distinção entre as figuras do traficante e do usuário, em especial com relação às penas dirigidas a cada uma das figuras.

Dessa forma, as penas variam de 3 a 15 anos de reclusão e multa para o traficante e de detenção de 6 meses a 2 anos e multa para os usuários e dependentes, no artigo 12 e no artigo 16, respectivamente, e o usuário de drogas

passou a ter a opção de gozar do benefício da Suspensão Condicional do Processo, a partir da publicação da Lei 9.099/95, sendo que desse modo, ocorreu o primeiro passo para a despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, afastando a resposta penal mais dura da Lei, sem retirar o caráter criminoso do fato.

A Lei 10.259/01 ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para todos os delitos com pena de até dois anos, cumulados ou não com pena de multa e esse foi mais um passo no caminho da despenalização do artigo 16 da Lei 6.368/76, que passou para a competência dos Juizados Especiais Criminais.

## **2.2 Lei 11.343 de 2006**

A Lei 11.343 foi publicada no dia 23 de agosto de 2006 e entrou em vigor em 08 de outubro do mesmo ano. Revogou expressamente as legislações anteriores (Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/2002) em seu artigo 75.

Desse modo, aqueles que estavam respondendo pelo crime previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, após a entrada em vigor da nova Lei passaram a ter direito de se submeterem, quando necessário, às novas sanções descritas no artigo 28 desta.

Embora perceptíveis as substanciais alterações que a nova Lei trouxe, em especial, pelo processo de descaracterização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que esta manteve em sua essência o sistema proibicionista inalterado.

Mas é possível estabelecer importantes distinções entre as Leis. Por exemplo, se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico adotado pela nova Lei.

Se na antiga lei havia instaurado um discurso de reprovação total às drogas, a nova Lei preferiu intensificar a repressão ao comércio e suavizar a resposta penal aos usuários.

Na Lei anterior ocorria a repressão aos traficantes de drogas, com penas privativas de liberdades fixadas entre 5 e 15 anos de reclusão e ao usuário detenção de seis meses a dois anos; a nova Lei optou pela patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas educativas.

Assim assevera Gomes, (2006, p. 215):

Com a nova Lei de Drogas parte-se (acertadamente) da absoluta impossibilidade da pena de prisão para o usuário e pretende-se que o assunto nem sequer passe pela polícia (sempre que possível). O sujeito será enviado diretamente aos Juizados Criminais, salvo onde inexistem tais Juizados de plantão (art.48, §2º). A competência para aplicação de todas as medidas alternativas e dos Juizados Criminais. Na audiência preliminar é possível transação penal, aplicando-se as penas alternativas do artigo 28. Não aceita (pelo agente) a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Mas no final de modo algum será imposta a pena de prisão.

### **2.3 Elementos Normativos do Artigo 28 da Lei 11.343/2006**

Assim assevera Capez, (2014, p.412):

O artigo 28 constitui um tipo misto alternativo, estabelecendo várias condutas incriminadoras, como, adquirir – significa dizer ter obtido mediante troca, compra ou a título gratuito. Guardar – é a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa. Ter em depósito – reter a coisa à sua disposição. Transportar – pressupõe o emprego de meio de transporte. E, trazer consigo – levar a droga junto a si, sem o auxílio de meio de locomoção.

Nesse comentário o doutrinador acima mencionado entende que não existe descriminalização do porte e uso de droga, ou seja, o que ocorreu foi que a atual lei deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para os usuários de drogas.

### **2.4 Objeto Material**

A nova Lei se afastou da nomenclatura da norma passada que utilizava os termos substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. A Lei 11.343/06 optou pelo termo droga. Termo utilizado pela Organização Mundial da Saúde e conhecido popularmente.

O artigo 1º em seu parágrafo único da referida lei traz o conceito de drogas como sendo substâncias ou produtos capazes de causar dependência, especificadas em listas atualizadas pelo Poder Executivo da União.

A portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998 regulamenta as substâncias tidas como drogas. Para a compreensão do conceito de drogas é necessária uma complementação, por meio de uma portaria; trata-se de espécie de norma penal em branco.

Assim assevera Mendonça, (BRASIL, 2012, p.24):

Tratando-se de matéria tão relevante, parece evidente que a relação de substância ou produtos capazes de causar dependência, para o fim de integrar o conceito Criminal de drogas, merecia regulamentação própria, elaborada especialmente com este objetivo. Enquanto isso não ocorrer, cumpre tentar decifrar o conteúdo do Anexo I da portaria 344/1998, o qual, como era de se esperar, costuma causar dificuldades aos operadores do Direito.

Assim assevera Capez, (2014, p.463-464):

Com efeito, o não relacionamento de uma substância que cause dependência física ou psíquica na Portaria, torna a conduta do indivíduo atípica. Além de estar presente na aludida portaria, é necessário apresentar o princípio ativo, isto é, a aptidão para causar dependência física ou psíquica, comprovável por laudo de exame químico toxicológico. A dependência física é uma relação de natureza fisiológica que se estabelece entre o indivíduo e a droga devido ao uso inicial da substância e acaba por desenvolver uma necessidade de continuar a consumi-la. O indivíduo passa a depender do psicotrópico a tal ponto que a interrupção do seu consumo provoca distúrbios capazes de provocar sofrimento físico. A dependência psíquica é a vontade incontrolável de usar a droga, independentemente de existir alguma dependência física. É a compulsão, um desejo mais forte que o autocontrole ditado pela razão.

## **2.5 Sujeito Ativo e Passivo**

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa que desenvolva qualquer uma das condutas presentes no tipo penal; portanto, é considerado um crime comum.

Em se tratando de menor de dezoito anos, aplicam-se as medidas socioeducativas do ECRID – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que não podem ser mais graves que as sanções do artigo 28 da Lei Antidrogas, por força do princípio da proporcionalidade.

Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade.

Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade e não em função da proteção à saúde do próprio usuário; porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade.

O sujeito passivo é o Estado, a coletividade que fica exposta ao perigo abstrato da substância tóxica. Mesmo que a intenção do indivíduo seja o consumo pessoal e sua conduta não transborde da sua intimidade (CAPEZ, 2015, p. 412).

## **2.6 Natureza Jurídica do Artigo 28 da Lei 11.343/06**

Para a existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O perigo é presumido em caráter absoluto. Basta que o sujeito ativo pratique uma das condutas previstas no tipo penal para transgredir a norma. “Trata-se de uma infração de mera conduta, independentemente de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses da sociedade”. (CAPEZ, 2006, p. 421).

A partir do momento em que a Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para os usuários de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06.

A primeira posição afirma ter ocorrido a descriminalização formal e a transformação em uma infração *sui generis*.

Assim assevera Gomes, (BRASIL, 2006, p.230-237):

Não houve a legalização, mas as penas cominadas ao porte de drogas para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal”, uma vez que não encontra amparo no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Não se trata de crime e nem de contravenção penal, porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorda-se: a posse de drogas não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, “*sui generis*”.

Uma segunda corrente defende que o porte de droga para consumo continua a ser crime; assim assevera Gonçalves, (BRASIL, 2011, p.32)

A Lei ao tratar do tema classificou a conduta como crime. O princípio procedimental estabelecido, junto ao Juizado Especial Criminal, também leva a essa conclusão. Além disso, ao tratar da prescrição dessa modalidade de infração penal, o artigo 30 determina que se apliquem as regras do artigo 107 do Código Penal, reforçando, portanto, a condição de crime. Não é possível aceitar a tese de que o fato não é mais considerado ilícito penal, porque a Lei não prevê pena privativa de liberdade em abstrato, apenas com base no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que prevê serem considerados contravenções por ocasião da entrada em vigor concomitante do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, em 1º de janeiro de 1942. O dispositivo, porém, não é norma constitucional e pode, portanto, sofrer restrições por novas leis, como ocorre no caso em análise.

## **2.7 Elemento Subjetivo**

O elemento subjetivo é constituído do dolo; contudo, além do dolo deve existir o elemento subjetivo diverso do dolo, consistente na vontade de ter a droga para consumo próprio.

Embora o seja elemento subjetivo, a configuração do crime de porte e uso de droga deve ser comprovada através de indícios materiais, tais como a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06.

Em face da necessidade de um fim especial de agir e de ser um fim subjetivo, o artigo 28 da Lei de Drogas é considerado um tipo penal incongruente.

## **3 AUTONOMIA DA VONTADE**

O conceito de autonomia privada, por alguns também denominados de autonomia da vontade, foi forjado no ambiente liberal do século XVIII, a partir da concepção de Kant, (BRASIL, 2003, p.74-76):

Segundo a qual todos são capazes de se determinar de acordo com uma conduta universalmente aceita, porquanto possuem, na razão, formas aprioristicamente constituídas (sensibilidade e entendimento) que os tornam aptos a seguir esse imperativo. Válidas seriam apenas as condutas ditadas por parâmetros do próprio indivíduo – autonomamente, portanto -, razão pela qual a heteronomia do livre-arbítrio deixaria de fundamentar qualquer obrigação por ir de encontro à moralidade da vontade.

Segundo José Afonso da Silva, (2005, p.235):

Engloba diversas temáticas, como a liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção e de circulação), liberdade de pensamento (liberdades de opinião, de religião, de informação, artística e de comunicação do conhecimento), liberdade de expressão coletiva (liberdades de reunião e de associação), liberdade de ação profissional (livre escolha de profissão e liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão), liberdade de conteúdo socioeconômico (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, autonomia contratual e liberdades de ensino e de trabalho.

Entende-se por estes doutrinadores que rejeitam qualquer autonomia da

vontade e viola direito à liberdade. Dessa forma desrespeitar esse direito significa afronta a Democracia.

## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1 Princípio da Liberdade

O Direito à liberdade está preceituado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, bem como no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É corolário para um Estado Democrático de Direito.

A nossa Constituição previu como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre e justa. O artigo 5º, *caput* da Constituição Federal escolheu a liberdade como direito individual de todos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]”.

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

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como única baliza a que assegura aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Essas balizas só podem ser determinadas pela Lei”. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, (BRASIL, 1789, online).

Nesse sentido, a ilustre Juíza Maria Lúcia Karam (2008) ensina que a proibição das drogas é inconstitucional, pois a liberdade individual é amparada pela Constituição. Em uma democracia, o Estado só pode intervir na conduta de uma pessoa quando ela tem potencial para causar dano a terceiro, e a decisão de consumir algum tipo de droga é uma conduta privada, não diz respeito a terceiros.

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

Segundo afirma Pedroso (2004), toda ideia de Justiça está fundamentada na ideia de que os homens nascem livres e são livres para agir de acordo com sua vontade. A ideia é relativamente simples: não faz sentido que o Estado intervenha na

conduta de uma pessoa que livremente escolheu fazer uso de determinada substância sem atingir lesivamente terceira pessoa.

#### **4.2 Princípio da intimidade e da vida privada**

A privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida de modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia.

Núcleo mais restrito do direito à privacidade e a intimidade compreende as relações e opções mais íntimas e pessoais do indivíduo, compondo uma gama de escolhas que se pode manter ocultas de todas as outras pessoas, até das mais próximas.

Representa, pois, o direito de possuir uma vida secreta e inacessível a terceiros, evitando ingerências de qualquer tipo à vida privada; é mais abrangente e contém a intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários.

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

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

Em relação ao direito à vida privada Tavares leciona, (2010, p.681-682):

Não é tarefa simples a de distinguir a vida privada da intimidade. Pode-se dizer, basicamente, que a vida privada diz respeito ao modo de ser, de agir, enfim, o modo de viver de cada pessoa, em público. Em poucas palavras, importa reconhecer que cada um tem direito a seu próprio estilo de vida. [...] A liberdade da vida privada envolve a possibilidade de realização da vida sem ser molestado por terceiros, sem ser agredido pela bisbilhotice alheia.

Isso implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de imiscuir-se na vida privada ou de divulgar esta ao público.

José Afonso da Silva ensina que (2003, p.207):

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

Uadi Lammêgo Bulos também comenta o tema (2008, p.147):

[...] destituído de liberdade de ação longe da perturbação de terceiros, o indivíduo jamais pode dirigir-se por si mesmo, auto determinando sua conduta e desenvolvendo sua personalidade. [...] quando se fala em vida privada, termo derivado da expressão privacidade, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias.

A intimidade e a vida privada comportam o conteúdo do direito de privacidade e são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição. O direito de privacidade determina um espaço na vida particular das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outras pessoas ou até mesmo do Estado.

O que um cidadão faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo quando não estiver afetando a esfera jurídica de um terceiro.

É preciso não confundir moral com direito. Existem coisas que a sociedade pode reprovar, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se este indivíduo fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito e o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, o indivíduo resolver fumar maconha.

Os mencionados exemplos são ruins, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área. Percebe-se pelos doutrinadores, que a vida privada e a intimidade do indivíduo são de grande relevo para um Estado Democrático de Direito, e mais, para a dignidade da pessoa humana, pois é com a autonomia de viver sua própria vida sem interferências do Poder Público que o indivíduo pode se autodeterminar e desenvolver sua própria personalidade.

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

#### **4.3 Princípio da Ofensividade.**

O princípio da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade, é uma norma garantidora da impossibilidade da construção do ilícito penal, senão, quando o fato for ofensivo, lesivo, ou simplesmente perigoso ao bem jurídico tutelado.

O princípio da ofensividade não se encontra positivado explicitamente na carta constitucional brasileira, todavia, entende-se que este é um princípio implícito vigorando, portanto, de forma imediata.

De acordo com o mencionado princípio, a aplicação de uma pena somente seria possível se constatada a ofensa atual e iminente a um bem jurídico tutelado, ou seja, não haverá crime quando a conduta não oferecer um perigo concreto, real e efetivo a bem jurídico alheio. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, como é o caso do art. 28 da Lei de Drogas.

#### **4.4 Princípio da Alteridade**

Este princípio vem completar o princípio da ofensividade, estabelecendo que o indivíduo não pode ser punido por causar um dano à si mesmo, sem que o dano transcende a figura do autor e se torne capaz de ferir o interesse de outrem, é o que ocorre com o suicida mal sucedido, o responsável por automutilação e o usuário de drogas.

O indivíduo que incorrer nas condutas previstas no artigo 28 da mencionada lei está fazendo mal à própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva

do Estado no âmbito de sua privacidade, e por consequência o referido artigo acaba por violar o princípio da alteridade.

Hoje, se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do uso da substância, mas porque o uso pressupõe as condutas elencadas no artigo 28 da mencionada lei, como adquirir e trazer consigo.

É imprescindível que parte da substância seja apreendida, a fim de comprovar a prática delitiva.

## **5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS (11343/2006)**

O art. 28 e seu parágrafo primeiro da Lei de Drogas criminalizam diversas condutas relativas ao usuário, sob o falso argumento, como já fundamentado, de proteção à saúde pública.

Quando o bem jurídico alegadamente tutelado na verdade não está sob afetação, o corolário de direito é considerar como violado o princípio da lesividade.

Outra vertente do princípio da lesividade é a de impedir a punição de atos que tenham consequências restritas à esfera íntima do indivíduo que pratica uma determinada conduta, no caso de auto lesão ou mesmo a tentativa de suicídio.

Em direito comparado, convém citar que as cortes supremas da Argentina e da Colômbia declararam a inconstitucionalidade da criminalização dos usuários de drogas, ao argumento de que a conduta que cause lesão apenas ao próprio agente não pode ser sancionada pelo Direito Penal. Realmente, o sujeito que se droga só pode estar fazendo mal a si próprio.

Gabriel O Pensador tratou do tema na música “O Cachimbo da Paz”, em que faz uma crítica à proibição da maconha, usando como símbolo um cacique que trouxe à urbe “o cachimbo” para tranquilizar a sociedade, muito violenta na sua visão. Acabou preso, torturado e morto. Antes de morrer assassinado na prisão, expressou sua perplexidade pela falta de coerência entre o que era e o que não era proibido, vazada no seguinte trecho:

“Na delegacia só tinha viciado e delinqüente. Cada um com um vício e um caso diferente. Um cachaceiro esfaqueou o dono do bar. Porque ele não vendia pinga fiado. E um senhor bebeu uísque demais. Acordou com um

travesti e assassinou o coitado. Um viciado no jogo apostou na mulher. Perdeu a aposta e ela foi seqüestrada. Era tanta ocorrência, tanta violência Que o índio não estava entendendo nada. Ele viu que o delegado fumava um charuto fedorento. E acendeu um “da paz” pra relaxar. Mas quando foi dar um tapinha. Levou um tapão e um chute naquele lugar. Foi mandado pro presídio e, no caminho. Assistiu um acidente provocado por excesso de cerveja. Uma jovem que bebeu demais. Atropelou um padre e os noivos na porta da igreja. E pro índio nada mais faz sentido. Com tantas drogas por que só o seu cachimbo é proibido?

Como já dito alhures, qual a razão para a maconha, cocaína, etc. ser droga ilícita e a bebida alcoólica e o cigarro não? A pergunta se dá sob o prisma da saúde pública, quando se sabe que quase noventa por cento dos atendimentos no SUS em função das drogas decorrem do consumo abusivo de álcool.

Fere a igualdade constitucional que o usuário de maconha, cientificamente considerada como droga leve, seja submetido à persecução penal e o alcoólatra e o usuário de cigarro não, pois a conduta destes é bem mais nociva, do ponto de vista médico do que a daquele.

Verifica-se, portanto, que não é o direito penal o meio proporcional para se buscar a redução do consumo e a cura dos dependentes químicos. Vem a tal o apotegma: “Não se matam pardais com canhões”.

## **6 CONCEITO DE DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS**

Hoje ainda com o art. 28 da lei nº 11.343 de 2006 em vigor, qualquer pessoa que estiver portando mesmo para o consumo pessoal substâncias entorpecentes elencadas como droga de acordo com a portaria da ANVISA, será conduzida a presença de uma autoridade policial e, posteriormente, ficará com sua ficha “suja”, pois o mesmo assinará um termo circunstanciado se comprometendo a apresentar-se na presença do magistrado do juizado especial criminal quando for solicitado.

Nesse caso, o juiz somente poderá aplicar três medidas judiciais; são elas: “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

De acordo com a mencionada lei, o prazo máximo de aplicação das referidas medidas não pode ultrapassar cinco meses, sendo que no caso de reincidência, esse prazo não pode ultrapassar dez meses e o prazo prescricional para a imposição e a execução das penas é de dois anos. Mesmo com a impossibilidade de prisão do

usuário de drogas, este ainda é atingido pela promessa de castigo penal e é considerado criminoso; o que mudou foi apenas o modo de punir.

Os critérios pouco esclarecedores e mal estipulados pela Lei nº 11.343/06 acabam, por derradeiro, gerando grave confusão no momento da caracterização entre o art. 28 (consumo pessoal) e o art. 33 (tráfico de drogas).

A Lei Antidrogas tomada pela dificuldade de distinção das condutas citadas acaba confiando nas mãos dos agentes policiais responsáveis pelas abordagens, com o importante papel indicador da autoridade policial.

Em outras palavras, fica a cargo da autoridade policial por meio de seu conteúdo probatório demonstrar ao juiz se o indivíduo praticou crime de posse para consumo pessoal ou crime de tráfico.

É absurdo deixar a cargo da polícia uma decisão tão relevante quanto essa, visto que por meio de seu julgamento que raramente é contestado em juízo, alguém pode ser punido com penas brandas – quando caracterizado o consumo – ou pode ser punido com pena de reclusão de cinco a quinze anos – quando caracterizado o tráfico.

Por fim, a Lei Antidrogas ainda prevê em seu artigo 33, parágrafo 3º, a modalidade de uso compartilhado como forma de punir o usuário; para uma melhor análise cabe expor sua redação:

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Verifica-se, novamente, a amplitude da norma no que se refere ao uso de substâncias ilícitas quando esta proíbe o consumo compartilhado.

Visível é o fato de que o compartilhamento com pessoas próximas, sem finalidade de lucro, em nada se relaciona com o tráfico, mas, na verdade, gera uma forma desnecessária de encarceramento do usuário de drogas.

A Lei nº 11.343/06 procurou trazer um tratamento adequado para os usuários/dependentes de drogas, tanto que previu uma política de redução de danos, porém, como repetidamente reforça o porte e uso de drogas ainda é considerado crime por esta lei.

Vimos que a legislação ainda é dotada de falhas e problemas graves de distinção quanto à finalidade da droga, ao passo que estas incongruências refletem no usuário que não raramente é injustiçado, e acaba sendo impedido de buscar tratamentos eficazes para a sua dependência química.

Além de não descriminalizar a conduta de posse para consumo pessoal e considerar a saúde pública como bem jurídico tutelado, a repressão das substâncias ilícitas sob a égide da legislação vigente enxerga o usuário como criminoso/inimigo, fazendo com que este sofra todas as consequências negativas carregadas pela política proibicionista, além de criar um mecanismo estigmatizado e violador de princípios e direitos fundamentais garantidos pela nossa Constituição Federal e pelas mais diversas declarações internacionais de direito.

### **6.1 Dos Aspectos Favoráveis à Constitucionalidade do Art. 28 da Lei nº 11343/06**

A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, estaria contribuindo para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.

Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter como crime o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio. Apesar da frustração de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico, mas também o uso de entorpecentes é considerado crime pela mencionada lei e, portanto, devem ser levadas em conta as suas particularidades, punindo o infrator, mesmo que com penas brandas.

### **6.2 Criminalização Versus Penalização do Art. 28 da Lei 11.343/2006**

Descriminalizar o uso de drogas ilícitas pode levar a um aumento do consumo? Conforme o Dossiê elaborado pela Plataforma Brasileira de Política de Drogas em 2015, cujo levantamento ocorreu no ano de 2012, não; o dossiê apresentou dados gerais de cerca de 20 países que tornaram as leis de drogas menos rígidas a partir de modelos diversos, despenalizado ou descriminalizado o uso nas últimas duas décadas e em nenhum deles houve grandes alterações na

prevalência de consumo – proporção da população que faz uso regular de drogas – tanto para baixo como para cima.

A comparação entre países europeus vizinhos, com estruturas socioeconômicas assemelhadas, demonstra que criminalizar o consumo de drogas impacta muito pouco na decisão de se consumir drogas.

Quais são os principais danos acarretados pela criminalização do uso de drogas e quais efeitos positivos a descriminalização pode trazer? A criminalização da posse de drogas para uso pessoal acarreta consequências negativas em diversas esferas: encarceramento, atenção e cuidado em saúde, dispêndio de orçamento público e estigmatização do usuário. Já as experiências internacionais de descriminalização, mesmo que distantes de solucionarem todos os problemas relacionados ao uso de drogas, produziram um cenário mais adequado e barato de promoção da saúde pública (BRASIL, 2005,online)

## **7 O ESTADO FRENTE AOS PROBLEMAS SOCIAIS**

A questão que envolve o crime de porte de drogas para consumo próprio é um problema que transcende a esfera jurídica; trata-se de uma discussão atinente a todas as camadas da sociedade e, como tal, deveria ser debatida democraticamente pelos representantes do povo e não unicamente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Porém, diante da inércia dos parlamentares, o tema chegou ao STF, que não pode se eximir de decidir o caso, muito embora esse não seja o meio mais legítimo para debater sobre o assunto.

A decisão que se encontra nas mãos dos Ministros do STF representará, provavelmente, o primeiro passo para uma mudança em relação à política de drogas até então vigente.

Caso os Ministros seguissem os mesmos raciocínios já manifestados nos casos anteriores envolvendo a temática, a tendência seria a continuidade da criminalização de tais casos.

Porém, a composição plenária do STF sofreu algumas modificações em relação às decisões anteriores sobre o mesmo tema e o julgamento do processo atual, o que pode representar uma possível mudança de posicionamento do Tribunal.

Os novos Ministros podem adotar novas formas de interpretar e, conseqüentemente, de decidir, mais familiarizadas com a hermenêutica constitucional contemporânea que aproxima a norma da realidade, o que pode trazer um resultado diferente para o julgamento do RE nº. 635.659. De qualquer forma, é importante ressaltar que, independentemente da mudança de composição, o STF, enquanto órgão do Estado Democrático de Direito brasileiro, tem o dever de manter suas decisões estáveis, íntegras e coerentes, conforme aduz o art. 926 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1998).

### **7.1 Internação Compulsória**

A internação compulsória está prevista no art. 9º da lei 10.216/01 e é imprescindível que ela seja autorizada pela via judicial, sendo também necessário que um profissional da área psiquiátrica faça a solicitação por meio do laudo médico, de acordo com os arts. 6º e 8º da referida lei.

Quanto à necessidade de internação, vejamos o que diz o art. 4º da mencionada lei: “A internação em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes “ (BRASIL, 2001)

Quanto à internação compulsória, a competência é da comarca do juízo local onde o paciente reside e a parte passiva no processo é a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de acordo com o Art. 23, inc. II da Constituição Federal de 1988: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;” (BRASIL, 1988, online).

Em relação aos Municípios, ainda há previsão expressa na Constituição da República de atribuição e responsabilidade à prestação do atendimento à saúde. Diz o artigo 30, inciso VII da CF que: “Compete aos Municípios: (...) prestar em cooperação técnica e financeira da União e do Estado serviços de atendimento à saúde da população“ (BRASIL, 1988, online)

Por sua vez o art. 196 da CF assevera que:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, 1988, online).

Dessa maneira fica evidente que o paciente que sofrer de qualquer tipo de transtorno psicológico como é o caso do dependente químico, alcoólatra, ébrios em geral, se houver necessidade de tratamento com indicação para internação, mesmo que não concorde o paciente, este poderá ser internado compulsoriamente, nos termos do art. 6º, parágrafo único, inc. III da Lei 10.216/2001.

## **8 VOTO DO MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES NO RE Nº 635659**

O Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu denso voto no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. Em primeira análise, examinou os parâmetros e limites do controle de constitucionalidade das normas penais de perigo abstrato.

Tal qual se insere o artigo 28 da Lei 11.343/2006, para, após, buscar alternativas não criminais que se amoldem ao sistema constitucional brasileiro no tocante ao uso de entorpecentes.

De início, observou que a definição de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal.

A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato acaba se mostrando, muitas vezes, como alternativa mais eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde pública, entre outros; o que permite ao legislador optar por um direito penal nitidamente preventivo, pois a tipificação penal de condutas que representam um perigo abstrato é legítima e está no âmbito da discricção legislativa.

Todavia, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, configurando a sua não observância, inadmissível excesso de poder legislativo.

Para a fiel observância da proporcionalidade, pressupõe-se, além da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, a adequação dos meios utilizados para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização – “o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa”

Sob o ângulo da adequação foi examinado se as medidas adotadas pelo legislador se mostram idôneas à efetiva proteção do bem jurídico (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação responsável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade).

Para tanto, argumentou o referido Ministro que deflui da própria política de drogas adotada, que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes.

O objetivo de promover atenção à saúde e à reinserção social criminalizando a conduta do usuário demonstra clara incongruência no sistema. Na prática, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, tal conduta ainda é considerada crime pela legislação em vigor.

A mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes (artigos 18 a 26-A da Lei 11.343/06).

Em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas, esse quadro decorre, sobretudo, porque a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, § 4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante.

Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes. Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que há incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os 45 objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializados pela ausência de critério objetivo.

Entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

Já na análise do controle de justificabilidade, asseverou o Relator que não existem estudos incontroversos que atestam a redução do tráfico/consumo de drogas como consequência da repressão criminal do uso pessoal de entorpecentes.

O que se evidencia, por outro lado, é o aumento notório do tráfico nas últimas décadas. Os dados disponíveis à época da edição da norma não indicavam, com razoável margem de segurança, a sustentabilidade da incriminação, conforme se

observa das justificativas 38 agregadas ao Projeto de Lei 7.134/02, transformado na atual Lei de Drogas: ( BRASIL,2002,online)

Em análise de mérito, cumpre fazer uma breve abordagem sobre a questão das drogas no país. A demanda e a oferta de drogas, no Brasil, são consideradas questões de Estado, em razão de seus impactos negativos nas instituições nacionais e nas relações sociais em suas diversas modalidades. Afetam, dentre outros, a saúde, a segurança, o trabalho, a previdência social, o bem-estar individual, a família e, até mesmo, alguns aspectos da soberania nacional. Dados do I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, que envolveu as 107 maiores cidades do país, realizado, em 2001, pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas da Universidade Federal de São Paulo, apontaram que “19,4% da população pesquisada já fez uso na vida de drogas (...) O uso na vida da maconha aparece em primeiro lugar entre as drogas ilícitas com 6,9% dos entrevistados (...) Entre os medicamentos usados sem receita médica, os benzodiazepínicos (ansiolíticos) tiveram uso na vida de 3,3%”. O crescimento significativo do consumo de drogas no Brasil vem sendo observado, quando se comparam levantamentos nacionais de diferentes períodos feitos entre estudantes brasileiros do ensino fundamental e médio. De 1987 a 1997, o uso na vida de maconha passou de 2,8 para 7,6%, o de cocaína subiu de 0,5% para 2% e o de anfetamínicos de 2,8% a 4,4%. Não propriamente crescimentos explosivos, mas marcantes. O número de ocorrências de delitos envolvendo drogas também tem aumentado. Dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública registram 79.791 ocorrências no ano de 2001, 81.132 em 2002 e, apenas no primeiro semestre de 2003, 42.569. A Polícia Federal apreendeu, em 2003, 7,4 toneladas de cocaína e 164 toneladas de maconha, além de ter efetuado 2.969 prisões de traficantes e 61 de consumidores. O uso indevido de drogas implica, quase sempre, em contato precoce com o mundo da ilegalidade e da violência e deixa, por vezes, um legado de sofrimento e vulnerabilidade social para o indivíduo e sua família. O Brasil vive, hoje, um momento de mudança, com sua atenção voltada à parcela da população que vive em condições de exclusão social. Nesse contexto, as políticas voltadas para a maior qualidade de vida do cidadão ganham relevância e destaque na agenda do Governo e na pauta dos assuntos defendidos por esta Casa. Um dos temas de maior importância é a questão do uso indevido e do tráfico ilícito de drogas. A maior parte dos dispositivos que regulam as atividades de redução da demanda e da oferta de drogas no Brasil datam de 1976 - Lei nº 6.368, de 1976 -, nada obstante tenham ocorrido alterações em seu texto original, introduzidas pela Lei nº 10.409, de 2002. A legislação brasileira sobre drogas constitui-se, portanto, em documento elaborado há mais de vinte e cinco anos, em uma realidade diversa dos momentos atuais, nos aspectos políticos, culturais, econômicos e sociais do País, em especial no que se refere à garantia de direitos dos cidadãos brasileiros. Nesses quase trinta anos que se passaram, o avanço do conhecimento científico, aliado aos novos contornos assumidos pelo fenômeno da droga, nos cenários nacional e mundial, tornaram ultrapassados os conceitos e métodos utilizados na abordagem do tema. De uma visão meramente médico-policial, o uso indevido e o tráfico ilícito de drogas passaram a ser tratados como questões de alta complexidade, relacionadas à saúde pública, à segurança e ao bem-estar social. O texto da Lei nº 6.368, de 1976, guarda anacronismos e conceitos controversos, quando confrontados com o momento político-social do País, em que a sociedade é conclamada a compartilhar, com o Estado, a responsabilidade pelas políticas sociais e a atuar na plena observância dos direitos essenciais da pessoa. Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente

de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei 6.368, como criminosos com pena restritiva de liberdade, desconsiderando-se as motivações originais de cada situação. O usuário ou dependente de drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social.

Como se percebe, não há, na justificativa do Projeto de Lei, nenhuma referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar. Pelo contrário, o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, “uma pessoa com vulnerabilidade”, merecendo, “para si e para a sua família, atenção à saúde e oportunidade de inserção ou reinserção social”, evidencia nítida contrariedade entre meios e fins.

Não há que se falar em adequação na incriminação do usuário de drogas encarando a necessidade da norma sob o pano de fundo da proporcionalidade, ou seja, a indispensabilidade da norma penal frente à proteção de um bem jurídico.

O mencionado Ministro dialogou com os dois argumentos que se colocam no debate: de um lado a expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública e segurança pública ocasionada pelo uso de drogas conjugada com a premissa de que não havendo consumo não haverá tráfico e de outro, o direito à intimidade e privacidade que se qualificam na autodeterminação da pessoa usuária de drogas.

Nesse caso, impõe-se o exame da necessidade da intervenção penal, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos supracitados direitos de cunho individual.

Nossa Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.

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 uma 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.

Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal.

A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão e a autolesão é criminalmente irrelevante. São ilustrativos, nesse sentido, os exemplos a seguir (BRASIL, 1940, online):

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua 'Introdução aos princípios da moral e da legislação', que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos. Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (art. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais) e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constitui crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP). Quando muito, a conduta potencialmente auto lesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), prevista com infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário.

Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde, para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição

administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal.

Reconhecida a inconstitucionalidade da norma por ofensa à proporcionalidade. Pelo exposto, votou o relator pela declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal no que concerne a todas as drogas ilícitas.

## **9 CONCLUSÃO**

Conclui-se então que o art. 28 da lei 11343 de 2006 viola o inciso x do art. 5º da Constituição Federal de 1988 no que se refere a intimidade e a vida privada; dessa maneira nos próximos dias poderá ser declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e terá como consequência, a descriminalização do portador ou aquele que tiver na posse de entorpecente para consumo, considerado pela ANVISA como droga, ou seja, o Estado não poderá mais intervir na liberdade de escolha de cada cidadão, como acontece nos dias de hoje, pois os mesmos poderão manifestar sua autonomia da vontade, sem praticar qualquer conduta criminosa, uma vez que estão prejudicando somente a si mesmos e, nesse caso, o bem jurídico não alcança terceiros.

Nessa esteira estará ocorrendo a autonomia da vontade de cada indivíduo, cabendo ao Estado informar, de maneira clara e transparente pelos canais de comunicação ou através de políticas públicas afirmativas a respeito do dano que a droga causa a saúde da pessoa e não reprimindo ou colocando o usuário como criminoso; sendo que o usuário é vítima de um Estado arcaico que não conseguiu enfrentar e acabar com o traficante de droga e partiu da premissa que se não houvesse consumo não haveria tráfico de produto ilícito, criminalizado quem consome a droga e não combatendo o traficante, representando um fracasso total.

Caso os demais ministros do Supremo Tribunal Federal que julguem o Recurso Extraordinário nº. 635.659 sigam o voto do mencionado Relator no sentido de declarar inconstitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, poderão ser aplicadas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo

de drogas em lugares públicos e a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, o que se acredita que seria a melhor solução para os usuários de drogas.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce **Vade mecum acadêmico de direito**. 11.343 / 06 23. ed . São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 mar. 2021

\_\_\_\_\_**Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**, Altera o decreto nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que institui a Lei de Drogas Brasileiro, que dispõe sobre a criminalização e penalização ao uso de Drogas Brasília, DF: Presidência da República, 24 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm) Acesso em: 28 abr. 2021.

\_\_\_\_\_**Decreto nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D78992.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78992.htm) Acesso em: 5 mai. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: Acesso em: 28 abr. 2021

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 28 abr. 2021

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. Voto Ministro Gilmar Mendes, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Especial**. v.4, 9ª Ed. Saraiva, 2014.  
CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Col. Ciências Criminais Vol. 6 - 2ª**  
Ed. Revista dos Tribunais, 2010

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 10ª ed. Editora Saraiva, São Paulo 2006

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 19ª ed. Editora Saraiva São Paulo 2015.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada (Lei 11. 343 de 23.08.2006)**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2011

GOMES, Luiz Flávio. **A impunidade no Brasil: de quem é a culpa?** (esboço de um decálogo dos filtros da impunidade). Disponível em: [file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/380-13-568-1-10-20180525%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/380-13-568-1-10-20180525%20(1).pdf) Acesso em 20 abr. 202

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial**. 8ª Ed. Saraiva, Rio de Janeiro 2011

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11. 343, de 23 de agosto de 2006: 2ª ed.** São Paulo Editora Método, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 1ª ed. Editora Martin Claret, São Paulo 2003.

KARAM, Maria Lucia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/10\\_Drogas%20%20legislacao%20brasileira.doc?1286477113](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/10_Drogas%20%20legislacao%20brasileira.doc?1286477113) Acesso em 20 abr. 2021

SILVA, Afonso da Silva **Curso de Direito Constitucional Positivo** 25ªEd. São Paulo Revista dos Tribunais. 2005.