

**A VULNERABILIDADE DA DIGNIDADE HUMANA EM FACE DA
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006: ANÁLISE A
PARTIR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635/659SP DE 2011 E DOS PRINCÍPIOS
DA LESIVIDADE E DA INVIOABILIDADE DE DIREITOS PARA DIGNIDADE
HUMANA**

**THE VULNERABILITY OF THE HUMAN DIGNITY IN FACE OF
(UN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF LAW NO. 11.343/2006: ANALYSIS
BASED ON EXTRAORDINARY APPEAL 635/659SP OF 2011 AND THE PRINCIPLES
OF INJURY AND INVIOABILITY OF RIGHTS FOR HUMAN DIGNITY**

Raiana Pettinari Barbosa¹

Professor Mestre Fernando Bezerra de Oliveira Lima²

RESUMO: O propósito deste artigo é enfrentar o seguinte problema: seria constitucional o dispositivo do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, a lei de drogas, que define como crime o porte de drogas para consumo pessoal? O presente artigo analisa e manifesta, teoricamente, a temática da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, ante os princípios constitucionais da lesividade, da vulnerabilidade e da inviolabilidade a vida íntima de cada indivíduo, à dignidade da pessoa humana, e à autodeterminação. Compreende-se por inconstitucionalidade de uma lei quando esta lei é contrária aos preceitos da constituição federal, o que garante validade de uma lei é sua competência de dar vida a direitos fundamentais. O objetivo geral consiste em descrever a figura típica do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, no tocante aos objetivos específicos destacam-se: apontar a contextualização conceitual e histórica do termo drogas, a distinção do usuário de entorpecentes com o tráfico de drogas, analisar a metodologia de controle de constitucionalidade de normas penais no direito brasileiro e definição a partir do recurso extraordinário 635/659SP de 2011, da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. A metodologia empregada, será o método dedutivo, através de documentação direta. Pesquisa bibliográfica e dados oficiais.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006; Lei de Drogas; Direito Penal; Princípio da inviolabilidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to face the following problem: would the provision of Article 28 of Law No. 11.343/2006, the drug law, which defines the possession of drugs for personal consumption as constitutional would be constitutional? This article analyzes and theoretically manifests the theme of unconstitutionality in Article 28 of Law No. 11.343/2006, in view of the constitutional principles of injury, vulnerability and inviolability to the individual life of each individual, the dignity of the human person, and self determination It is understood by the unconstitutionality of a law when this law is contrary to the precepts of the federal constitution, what guarantees the validity of a law is its competence to gives life to fundamental rights. The general objective is to describe the typical figure of article 28 of Law No. 11.343/2006, with regard to specific objectives, the following stand out: pointing out the contextual and historical contextualization of the term drugs, the user's distinction from narcotics with drug trafficking,

¹ Graduanda em direito pelo Centro Universitário de ensino superior do Amazonas – CIESA (email: raianapbarbosa@gmail.com)

² Professor Mestre na Universidade Do estado do Amazonas em Segurança Pública

analyzing the methodology for controlling the constitutionality of criminal rules in Brazilian Law and defining the extraordinary decriminalization 635/659SP of 2011, of decriminalization the possession of drugs for personal consumption. The methodology used will be the deductive method, through direct documentation, bibliographic research and official data.

Key words: Unconstitutionality; Article 28 of Law No. 11.343/06; Drug Law; Criminal Law; Principle of inviolability.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Brasil é um país que se denomina repressor do tráfico ilícito de drogas. No entanto, o consumo de entorpecentes tem crescido ao longo dos anos, o que torna mais complexas iniciativas visando modificações legislativas. Nesse contexto, foi criada a Lei nº 11.343/2006, conhecida como a Lei de Drogas, e, conseqüentemente, foram revogados os poderes das Leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002. Havia duas legislações distintas, uma que tratava do regramento quanto aos crimes (tipificação das condutas) e outra sobre o procedimento (lei penal e lei procedimental). Atualmente, toda a matéria envolvendo drogas, seja na esfera penal ou na investigatória e procedimental, está contemplada na Lei nº. 11.343/2006.

Em virtude da proibição constante no art. 2º. da Lei 11.343/2006, figura-se obrigatória a licença prévia das autoridades para produzir, fabricar, manter em depósito, importar, comprar, ou adquirir, desde que, para qualquer fim, sejam substâncias entorpecentes.

Nosso ordenamento jurídico não pune a tentativa de suicídio ou de autolesão corporal, e somente haverá crime no induzimento, instigação ou auxílio para a prática dele. À luz do direito penal, todos possuem o direito de decidir sobre sua vida, da sua maneira, desde que não lesionem diretamente bens da pessoa ou de terceiros.

O propósito deste trabalho é propor uma reflexão acerca da seguinte problemática: em face dos princípios fundamentais como o da lesividade, seria constitucional o dispositivo do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, que define como crime o porte de drogas para o consumo pessoal? O presente artigo analisa a compatibilidade constitucional da norma prevista no referido artigo, ante os princípios da lesividade e da inviolabilidade à vida íntima de cada cidadão, verifica-se se a posse de drogas para consumo pessoal é inconstitucional.

O objetivo central consiste, pois, em descrever a figura típica do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006. No que alude aos objetivos específicos, destacam-se: apontar a contextualização conceitual e histórica do termo “drogas”, analisar a metodologia de controle de constitucionalidade de normas penais no direito brasileiro e a definição

da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, a partir do recurso extraordinário 635/659SP, de 2011.

Nesse sentido, não é objeto desta reflexão debater a liberação ou não do uso de entorpecentes, a finalidade é apenas demonstrar que o artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006 fere a atual Constituição Federal, viola o princípio da lesividade e o princípio da ofensividade, pois a então proibição do porte de tóxicos para consumo próprio em quantidade irrisória, de forma que não lesiona nenhum bem jurídico alheio.

O trabalho será apresentado com a seguinte estrutura: primeiro, uma contextualização conceitual e histórica do termo “drogas”, o qual entende-se doutrinariamente como produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Posteriormente, uma abordagem do termo “usuário” na doutrina e na legislação vigente, cujo entendimento é de tratar-se da pessoa que faz uso de qualquer uma das substâncias caracterizadas como drogas, porém sem ser dependente delas. No tópico seguinte, será abordada a distinção do usuário de entorpecentes para o tráfico de drogas, em que a diferenciação entre um crime e outro está no dolo de agir. Em segunda, uma análise, por meio de dados, da Lei antidrogas e o aumento da população carcerária no Brasil, destacando-se o gasto que o estado tem com um indivíduo encarcerado. Na sequência, a análise doutrinária acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, demonstrando a visão de diversos autores a favor e contra a inconstitucionalidade da referida lei. Por fim, a análise do Recurso Extraordinário nº. 635/657SP de 2011, proposto pelo ministro Gilmar Mendes, no que se refere à sua (in)constitucionalidade.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA DO TERMO DROGAS.

Antes de abordar o tema, propriamente, faz-se necessária uma contextualização inicial para fundamentar esta reflexão a que se propõe este artigo, e, por conseguinte, alguns comentários e observações dos conceitos doutrinários.

O Direito Penal comum, cuja aplicação é atribuída à justiça comum, consiste no Código Penal e nas diversas leis penais especiais, como a Lei de Drogas, sendo

que nossa Lei Maior declara que são insuscetíveis de graça ou anistia e que não podem ser alvo de fiança os crimes de tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos.

Os tipos penais da Lei nº. 11.343/2006 são leis penais em branco, o que, em resumo, significa liberdade punitiva dos agentes em relação ao consumo e tráfico de drogas ilícitas, sem, contudo, dizer quais seriam essas substâncias.

A expressão “substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica” tornou-se anacrônica, visto que a nº. Lei 11.343/2006 difundiu a nomenclatura “drogas”, instituindo, em seu art. 1º, parágrafo único: “consideram-se como drogas os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Dessa maneira, droga é qualquer substância expressa em lei ou ato administrativo.

Para que determinada substância ou produto possa ser considerada droga, para fins penais, deve atender aos seguintes requisitos: “causar dependência e estar na lista do Poder Executivo”³.

Em nosso país, a especificação das drogas está prevista em ato administrativo, editado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), na portaria SVS/MS de número 344, criada em 12 de maio de 1998, sendo que, mesmo que um produto cause dependência química, caso não se encontre descrito na portaria SVS/MS 344/1998, estará em oposição à lei, e não será analisado como droga.

Assim dispõe a Jurisprudência dos Tribunais Superiores:

Inicialmente, emerge a necessidade de se analisar o preceito contido no parágrafo único do art. 1º da lei de drogas, segundo o qual ‘consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo poder executivo da união’. Em acréscimo, estabelece o art. 66 da lei de drogas que, ‘para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998’. Verifica-se, assim, que, sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de

³ Mendonça, Andrey Borges de Mendonça e Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada Artigo por Artigo. São Paulo (SP): Método, 2012.

incidência dos comandos proibitivos penais. Portanto, a definição do que sejam 'drogas', capazes de caracterizar os delitos previstos na lei n. 11.343/2006, advém da portaria n. 344/1998 da secretaria de vigilância sanitária do ministério da saúde. Nesse contexto, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerada droga o que a lei (em sentido amplo) assim o reconhecer. Desse modo, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da lei n. 11.343/2006.⁴

Portanto, a simples posse de drogas com a finalidade de consumo individual é considerada uma conduta ilícita, e, por este motivo, encontra-se tipificado no artigo 28 da lei em comento.

1.1 ABORDAGEM DO TERMO USUÁRIO NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Usuário é a pessoa que faz uso de qualquer uma das substâncias caracterizadas como drogas, porém, sem ser dependente delas, possuindo o domínio da sua vontade.

No âmbito do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, o legislador partiu da premissa de que a prisão de tal pessoa, o então usuário, não traz vantagens reais à sociedade, notadamente porque empata o tratamento desse indivíduo, seja ele um dependente químico, e introduz o mero “consumidor” em um sistema carcerário falido, incessantemente dominado por facções criminosas e organizações do mundo do crime, que controlam o tráfico de drogas, correndo-se o risco de atrair os usuários. Vejamos o exemplo a seguir:

Há alguns anos, um conhecido ator de televisão foi flagrado comprando uma quantidade razoável de drogas. À primeira vista, poder-se-ia pensar em tráfico de drogas, face a quantidade de substância entorpecente apreendida. No entanto, restou comprovado que o agente teria comprado uma quantidade elevada porquanto tinha receio de ser flagrado pela polícia (ou pela mídia) caso tivesse que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas para aquisição da substância destinada ao seu consumo pessoal.⁵

⁴ Masson, Cleber e Marça, Vinícius. Lei de drogas: Aspectos Penais e Processuais. São Paulo (SP): Forense, 2019.

⁵ Masson, Cleber e Marça, Vinícius. Lei de drogas: Aspectos Penais e Processuais. São Paulo (SP): Forense, 2019.

Portanto, nesse sentido, "viola o princípio da lesividade ou ofensividade a proibição de porte de tóxicos para consumo próprio em quantidade e forma que não lesione nenhum bem jurídico alheio"⁶.

A tolerância é consequência da intangibilidade do ser humano e de sua liberdade. Politicamente significa que as pessoas têm direito de ser, pensar, expressar-se e atuar livremente sem que sejam submetidas a restrições ou sanções que se fundem no mero fato do que se é, se pensa, se expressa ou se faz.⁷

Considerando que discutir a descriminalização é relevante para o direito penal, definindo então se o consumo de drogas é uma autolesão ou não, este debate é pertinente e necessário. Da mesma maneira, como inexistente um critério objetivo de definição, pessoas detidas com drogas podem ser presas como usuários ou traficantes, o que gera o aumento da criminalidade. Portanto, é apropriado afirmar que a proibição de porte de tóxicos para consumo próprio em quantidade e forma que não lesione nenhum bem jurídico alheio viola o princípio da lesividade ou ofensividade.

No princípio da lesividade, não se pode considerar fato delituoso se a lesão ocorrida for feita pelo agente, em si próprio, a exemplo de um suicida. O direito penal não irá puni-lo pela tentativa de tirar a sua própria vida, porque, evidentemente, diante de um estado democrático de direito, não se pode punir um indivíduo por dano a seus próprios bens jurídicos, a autolesão.

2. DISTINÇÃO DO USUÁRIO DE ENTORPECENTES COM O TRÁFICO DE DROGAS

Há o entendimento de que "a lei considerou que o perigo social causado por aquele que traz consigo para uso pessoal é menor que o perigo do que trafica, ministra e dissemina"⁸. Isso fica claro nas penas aplicadas aos artigos 28, que trata da posse de drogas, e 33, da Lei nº. 11.343/2006, que pune o tráfico de drogas.

⁶ Grecco, Rogério. Código Penal Comentado. Niterói (RJ): Impetus, 2017, p.132

⁷ Idem.

⁸ Idem, p. 146.

A diferenciação entre um crime e outro está no dolo: no porte para consumo, o agente tem a droga para uso próprio (dolo de consumir), no tráfico, entretanto, existe o dolo de comercializar a droga para terceiro (dolo de traficar).

Alguns parâmetros e medidas que definem o delito em questão deverão ser avaliados pela Autoridade Policial e pelo Magistrado, assim como é destacado no artigo 28 em seu parágrafo 2º da Lei nº 11.343/2006:

Art. 28. § 2o - Para determinar se a droga se destinava 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.⁹

São circunstâncias exemplificativas que poderão ser somadas para que o juiz possa decidir sobre qual o crime praticado. Alguns autores postulam que os critérios mencionados devem ser aferidos conjuntamente, pois sendo apenas um, isoladamente, nem sempre será possível ao intérprete a adotar a melhor solução.

Em muitos países já existe essa distinção, entre o uso e o tráfico, da qual é feita identificando diversos critérios, como a quantidade e o tipo de droga apreendida.

Por exemplo, a Lei de Portugal, passou a considerar como uso, 25 (vinte e cinco) gramas de maconha e 2 (dois) gramas de cocaína, 1 (uma) grama de ecstasy e heroína; acima disso a quantidade de posse para uso pessoal é o equivalente a 10 (dez) doses diárias. Peso e natureza da droga são critérios aferidos.

Já na Alemanha, os limites variam entre 6 (seis) gramas ou três doses de 2 (duas) gramas, considerando que em 14 estados do território alemão fixaram o limite de 6 (seis) gramas.

No Brasil, sequer existe algum critério de quantidade precisa, então, fica mais difícil diferenciar o tráfico de drogas do uso. Não está escrito na lei “o indivíduo pode portar até tantas gramas de maconha que não será considerado tráfico”, a polícia acaba dando destino diversos a pessoas flagradas com drogas.

Quando o assunto é pouca quantidade de droga, um cigarro de maconha, por exemplo, o jovem, na maioria das vezes, é classificado como usuário de droga. Grandes quantidades, como, por exemplo, 600 quilos de cocaína, é aparentemente

⁹ Brasil. Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm >. Acesso em: 30 Jun. 2020

incontestável a narcotraficância. Mas o problema está no meio termo: afinal, 20 gramas de maconha, encontrados com um jovem de classe média, seria enquadrado como tráfico ou usuário? Inexiste um limite mínimo, para que seja compatível com o uso pessoal, ou acima, para que seja considerado tráfico de drogas.

O fato é que, no processo judicial, se não ficarem claros os critérios acima, e houver fundada dúvida sobre a classificação jurídico-penal do fato e sobre a existência do crime e/ou de sua autoria, deverá ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, para prevalecer a alegação de crime menos grave que é o porte para consumo. Vejamos:

Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de extrema *ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo.¹⁰

Em outras palavras, o princípio da lesividade é confrontado, já que, nos casos de crimes de perigo abstrato, o crime denomina-se abstrato, isto é, que não é concreto, nem real, e possui alto grau de generalização.

3. LEI ANTIDROGAS (11.343/2006) E O AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

O termo criminalizador e repressor das drogas, no Brasil, gera um grande preço para a sociedade e para o Estado, que tem como resultado o aumento da população carcerária, da violência e da discriminação.

Cada vaga no sistema penitenciário, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), custa em torno de R\$ 43.835,20 por ano, tendo, cada detento, o custo mensal de, aproximadamente, R\$ 2.000,00 para o Estado.¹¹

¹⁰ Cunha, Rogério Sanches. Manual do direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). Salvador (BA): JusPODIVM, 2016, p. 94.

¹¹ Dados extraídos do Voto do Ministro Roberto Barroso, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2020.

Após a entrada em vigor da lei de drogas, em 2006, até os dias atuais, houve um aumento do encarceramento por infrações referentes às drogas de 9% para 27%. Cerca de 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas.¹²

Vale ressaltar que, no momento atual, uma em cada duas mulheres, e um em cada quatro homens presos no país estão atrás das grades pelo crime de tráfico de drogas.

Além das grandes despesas, encontram-se inúmeros problemas que estão relacionados ao encarceramento: jovens, muitas vezes réus primários, são presos juntamente com criminosos de alta periculosidade e se transformam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Assim, ao saírem das cadeias, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo o índice de reincidência acima de 70%.

Além disso, há outro contratempo: como não há critérios para distinguir consumo de entorpecentes de tráfico de drogas, na realidade, a consequência mais comum é a seletividade penal. Por essa razão, é importante que se estabeleçam critérios para diferenciar o consumo do tráfico de drogas.

4. ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Existem duas vertentes sobre este tema: a primeira é a respeito da inconstitucionalidade do artigo 28, que ofende princípios básicos assegurados a qualquer indivíduo e previstos na Constituição Federal, como a inviolabilidade à intimidade e à vida privada de cada pessoa, à dignidade da pessoa humana, e à autodeterminação, além de infringir o princípio da lesividade. Ademais, por essa visão, entende-se que existem maiores benefícios à descriminalização do porte de entorpecente, que deve ser tratado como um problema de saúde pública e não como transgressão.

¹² Dados extraídos do Voto do Ministro Roberto Barroso, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2020.

Encontram-se inúmeros entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito da inconstitucionalidade desse artigo em questão, tendo em vista que, entre os verbos tipificados em seu caput, não dispõe o de consumir, fazer uso, utilizar ou degustar de substância entorpecente. “Não se pode também deixar de compreender que o usuário de droga sustenta o tráfico, gera problemas para a família e para a sociedade. (...) a autolesão que prática afeta a todos de um jeito ou de outro”¹³.

Alguns autores não se posicionam a respeito da inconstitucionalidade do dispositivo, apenas se limita a declarar o posicionamento majoritário, de que o bem jurídico tutelado é a saúde pública em virtude da repercussão pessoal e social que os prejuízos do consumo inadequado da droga trazem:

É uma falácia imaginar que no porte de droga para consumo pessoal haveria lesão apenas ao bem jurídico do usuário e que o único interesse lesionado seria o seu”. Para ele, “há um evidente perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, ou seja, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública.¹⁴

Há, pois, um risco muito maior de o usuário adquirir e transmitir doenças, fomentando o tráfico, além do abalo na estrutura familiar de modo indireto. Exemplo disso são as “cracolândias”, em muitos estados brasileiros, em que, para sustentar a sua dependência, passam a cometer todo tipo de crime.

O artigo 28, para alguns autores, é inconstitucional, levando em conta o entendimento de que o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo. Nessa perspectiva, e à luz do princípio da lesividade, pode-se afirmar que:

Só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria.¹⁵

¹³ Rangel, Paulo; Bacila, Carlos Roberto. Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais. São Paulo (SP): Atlas, 2015, p.40.

¹⁴ Mendonça, Andrey Borges de Mendonça e Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada Artigo por Artigo. São Paulo (SP): Método, 2012, p.60

¹⁵ Queiroz, Paulo e Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de Drogas. Salvador (BA): JusPODIVM, 2016, p.21.

Em relação à essa questão, Colômbia, Peru, Costa Rica, Argentina, México e Uruguai declararam a inconstitucionalidade ou descriminalizaram a posse das drogas.

A necessidade geminada de se proteger e cuidar da saúde pública, em decorrência dos efeitos perniciosos que as drogas podem acarretar, não autoriza um contraponto às liberdades individuais, através do instrumental mais corrosivo e dramático para controle social que é o Direito Penal. Dessa maneira, cremos que a previsão constitucional inibe o legislador ordinário penal de criar tipos que restrinjam aquelas garantias, provocando assim a ruptura na justaposição da ordem normativa, sendo razoável concluir-se pela atipicidade conglobante da conduta que vincula a droga ao próprio consumo. (...) As condutas voltadas à autolesão não poderiam ser objeto de incriminação, quando o Direito Penal é concebido em respeito aos Direitos Humanos, com utilitário de *ultima ratio*, em que apenas os bens jurídicos de terceiros em consideração ao agente adquirem relevância para a tutela penal.¹⁶

Alguns autores postulam que não é legítimo o uso do Direito Penal para inibir o uso de drogas.

O uso do direito penal para inibir o uso de drogas somente seria legítimo – do ponto de vista do sistema constitucional pátrio – se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da dignidade humana. Não é o que parece ocorrer [...].¹⁷

Em contrapartida, outros compreendem que não é a autolesão que está sendo punida, mas sim o perigo que o uso da droga trás para a coletividade. Esse entendimento se justifica no fato de que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e segurança da coletividade, portanto, não estão sendo indevidamente violadas a intimidade e a vida privada do usuário de drogas. Para os que defendem essa posição, o usuário não é o único prejudicado, mas também a coletividade como um todo é colocada em risco de dano, ou seja, o dano é presumido de forma absoluta, concluindo que “o malefício da droga, seja de forma direta ou indireta, é muito grande”¹⁸.

¹⁶ Silva..., p.161.

¹⁷ Bottini, Pierpaolo Cruz. Porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro (RJ): Viva Rio, 2015, p.16.

¹⁸ Silva, César Dário Mariano da. Lei de Drogas Comentada. São Paulo (SP): APMP (Associação Paulista do Ministério Público), 2016, p.48

5. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP DE 2011

O Recurso Ordinário nº. 635.359/SP, proposto pelo Ministro Gilmar Mendes em 2011, está em tramitação no Supremo Tribunal Federal e tem como discussão central a descriminalização do porte de droga para uso pessoal.

O caso em tela, do qual recebeu grande repercussão no período de dezembro de 2011 o fato ocorrido que descreve o consumo de 3 (três) gramas de maconha, encontrado na marmita de um presidiário, no Centro de Detenção Provisória em Diadema/SP.

O relator, ministro Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade da norma do artigo 28 para todos os gêneros de drogas. Já os ministros Roberto Barroso e Edson Facchin votaram pela inconstitucionalidade apenas quanto à droga do tipo maconha, permanecendo crime a posse para uso pessoal das demais espécies de drogas.

5.1. VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

Uma das primeiras justificativas a favor da criminalização da conduta de portar drogas para o consumo pessoal tem como base o fundamento do dano potencial que pode trazer para a sociedade, os denominados crimes de perigo abstrato. Por isso, o ministro Gilmar Mendes faz alguns comentários a seu respeito. Põe em foco que a definição não representa comportamento inconstitucional do legislador, que a tipificação acaba por, muitas vezes, sendo uma opção mais efetiva para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo.

Para o ministro Gilmar Mendes, existe uma desconformidade em dar tratamento criminal ao uso de drogas com ofensa aos princípios constitucionais. Alude que há outras medidas de natureza não penal que sejam não tão drásticas e de questionáveis efeitos. Por fim, conclui pela inconstitucionalidade da criminalização por atingir ao livre desenvolvimento da personalidade:

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. 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. (...). Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.¹⁹

O ministro citou vários países que adotaram medidas de alternativa a criminalização das drogas, entre eles Portugal, que teve como consequência uma redução no consumo de entorpecentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, chega-se à conclusão de que existe na doutrina vários argumentos contrários e a favor da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. O Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº. 635.659/SP, caminha no sentido da declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, entretanto, resta o voto dos demais ministros, inclusive sem data prevista para julgamento. Percebe-se, entretanto, que todos os votos dos ministros até o momento sugerem uma análise imediata do Congresso Nacional, para a modificação da atual Lei de Drogas.

Caso seja reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente ficará permitido que aquele que utiliza substâncias ilícitas em sua intimidade não mais seja criminalizado pelo Direito Penal.

Além disso, se a inconstitucionalidade vier a ser declarada, o novo quadro normativo é plenamente adequado: o tráfico de drogas prosseguirá sendo criminalizado, os usuários não dependentes químicos serão responsabilizados pelos seus atos caso tragam riscos ao bem jurídico de terceiros, o usuário de drogas em sua intimidade ninguém incomodará e o dependente será tratado como um caso de saúde pública.

Observou-se, ainda, que há uma necessidade de mudança legislativa, a fim de que sejam acrescentados critérios mais objetivos para a distinção entre o usuário

19

e o traficante, e a quantidade destinada ao flagrante. Inclusive a Polícia (Militar e Civil), o Poder Judiciário, e o Ministério Público encontram dificuldade, por meio dos critérios já existentes, para definir quando o indivíduo deve ser enquadrado no artigo 28 ou no artigo 33 da lei 11.343/2006.

Em síntese, o princípio da lesividade e da inviolabilidade de direitos foi violado pelo artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, tendo em vista que o artigo impõe sanções penais ao usuário, o que não é benéfico, e seria mais favorável que fossem usadas alternativas de prevenção e conscientização, sem que o direito penal fosse aplicado.

Não obstante, verifica-se, portanto, que o artigo 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, pois viola princípios estruturantes do Direito Constitucional e do Direito Penal, como os princípios da lesividade e inviolabilidade de direitos para a dignidade humana. Dessa maneira, é incompatível com a nossa Constituição Federal. Ademais, conforme análise dos ministros que já proferiram seu voto, não é adequada e proporcional a utilização do Direito Penal, já que outras medidas poderiam ser tomadas.

REFERÊNCIAS

Bottini, Pierpaolo Cruz. Porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro (RJ): Viva Rio, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html> Acesso em: 20. jun.2020.

Brasil. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 30 Jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 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 07. jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Voto Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso 07 jun. 2020.

Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Salvador (BA): JusPODIVM, 2016.

Estefam, André. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo (SP): Saraiva Educação, 2018.

Gomes, Luiz Flávio (Coord); Bianchini, Alice; Cunha, Rogério Sanches; Oliveira, William Terra. Lei de drogas comentada (Lei 11. 343 de 23.08.2006). São Paulo (SP): Editora RT, 2011.

Greco Filho, Vicente. Tóxicos: prevenção-repressão. São Paulo (SP): Saraiva, 2011.

Greco, Rogério. Código Penal Comentado. Niterói (RJ): Impetus, 2017.

_____. Curso de Direito Penal. Niterói (RJ): Impetus, 2017.

Mendonça, Andrey Borges de; Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada Artigo por Artigo. São Paulo (SP): Método, 2012.

Guimarães, Isaac Sabbá. Nova Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal. Curitiba (PR): Juruá, 2010.

Mason, Cleber e Marçal, Vinícius. Lei de drogas: Aspectos Penais e Processuais. São Paulo (SP): Forense, 2019.

Novelino, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo (SP): Editora Método, 2009

Nucci, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2010.

Queiroz, Paulo e Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de Drogas. Salvador (BA): JusPODIVM, 2016.

Rangel, Paulo; Bacila, Carlos Roberto. Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais. São Paulo (SP): Atlas, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marioni, Luiz Guilherme; Matidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo (SP): Editora Saraiva, 2015.

Silva, Amaury. Lei de drogas anotada. 2ª ed. revisada e atualizada. Leme: J.H.Mizuno, 2012.

Silva, César Dário Mariano da. Lei de Drogas Comentada. São Paulo (SP): APMP (Associação Paulista do Ministério Público), 2016.

Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo (SP): RT, 1990.