

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

MATHEUS OLIVEIRA ALVES BRAGA DE ABREU

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

VOLTA REDONDA

2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI
11.343/2006

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em direito.

Aluno:

Matheus Oliveira Alves Braga de Abreu

Orientadora:

Prof. Ericka Júlio Batitucci

VOLTA REDONDA

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

A (in) constitucionalidade do Artigo 28 da Lei
11343/06

Elaborado por Matheus Oliveira Alves Braga Abreu apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 29 de outubro de 2019.

Banca Avaliadora:



Professor Orientador - Unifoa



Professor Avaliador - Unifoa



Professor Avaliador - Unifoa

À Deus e à minha família por todo apoio e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por toda demonstração de cuidado que manifesta durante toda minha vida.

Aos meus pais, Carlos Eduardo e Viviane, avó e madrinha, Solange e Luciane, que sempre se mostraram presentes e não mediram esforços para me permitir chegar até aqui.

Aos meus irmãos, Thiago e Gustavo, responsáveis por boa parte da alegria das minhas manhãs.

À minha noiva e eterna namorada, Ana Clara, que com seu infinito e incondicional amor iluminou e coloriu minha vida.

À minha orientadora, Ericka Júlio Batitucci, fonte de admiração e principal responsável por introduzir e despertar meu fascínio pelo Direito Penal.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a incompatibilidade do crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2008 com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com a Constituição Federal. A norma em questão é aqui confrontada com princípios constitucionais basilares e derivados, buscando-se demonstrar que se trata de norma materialmente inconstitucional. Por último, também é dado especial destaque ao Recurso Extraordinário 635.659, que ainda está em julgamento, pendente apenas dos votos de alguns Ministros, que trata em sede de controle difuso, em via incidental, da constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Em razão da excelência e relevância dos argumentos utilizados, receberá especial destaque o voto do Ministro relator do processo, o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Palavras-chave: Lei 11.343/2006; descriminalização de drogas; STF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A MATÉRIA	9
2.1 Conceito.....	9
2.2 Neoconstitucionalismo.....	9
2.3 Princípios Constitucionais.....	11
2.3.1 Dignidade da pessoa humana	12
2.3.2 Legalidade.....	14
2.3.3 Culpabilidade	15
2.4 Princípios Derivados ou Decorrentes	16
2.4.1 Princípio da alteridade ou transcendentalidade	17
2.4.2 Princípio da Lesividade.....	18
2.4.3 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.....	18
2.4.4 Princípio da Intervenção mínima	19
2.4.5 Princípio da adequação social	20
2.4.6 Princípio da proporcionalidade	21
3 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA.....	24
3.1 Confirmar valores sociais	24
3.2 Demonstração da capacidade de ação do Estado no tocante à solução de problemas (legislação-álibi)	25
3.3 Adiamento da solução de conflitos através de compromissos dilatatórios.....	27
4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 E A QUESTÃO NOS TRIBUNAIS 	29
5 A LEI 11.343	40
5.1 Breve histórico.....	40
5.2 Visão Inicial	42

5.3 Conceito de drogas	44
5.4 Do Crime de Consumo Pessoal – Artigo 28	45
5.4.1 Objeto Jurídico e Material.....	46
5.4.2 Dos núcleos do tipo	47
5.4.3 Sujeitos ativo e passivo	47
5.4.5 Consumação	48
5.4.6 Ação Penal	49
5.4.7 Penas	49
5.5 Consumo pessoal x tráfico	51
6 CONCLUSÃO	54
7 REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais polêmicos da atualidade e que causam grande furor na consciência popular e nos debates acadêmicos é, sem dúvida, a descriminalização do uso de drogas.

O presente trabalho visa jogar luz sobre o tema, rompendo os limites dos argumentos apaixonados e de circunstâncias políticas e ideológicas, tratando o tema à luz de princípios caros ao Direito.

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 será analisado por meios das lentes do Direito Penal Constitucional, principalmente sobre o foco do princípio-matriz da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, será dado destaque ao movimento Neoconstitucionalista e suas consequências filosófico-jurídicas, sem as quais seria impossível a plena compreensão do tema. Não há como estruturar qualquer raciocínio jurídico, especialmente na seara penal, sem que haja um diálogo entre as normas penais e sua natural e necessária vinculação com a Constituição Federal, e é justamente explorando essa conexão entre esses dois ramos jurídicos que esse trabalho foi desenvolvido.

Destaca-se que aqui não se buscará discutir, tampouco se negar, os efeitos malignos que o uso de drogas pode causar ao usuário. O que o presente estudo tentará revelar é se há adequação ou não em pôr o pesado manto do Direito Penal as condutas que se referem ao porte de drogas para exclusivo consumo próprio

2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A MATÉRIA

2.1 Conceito

Em linguagem científica, princípio quer dizer fundamento, causa, estrutura¹. Visto através do prisma do Direito, princípios são espécies de normas jurídicas que expressam valores e finalidades a serem atingidas e, em razão de seu alto grau de abstração e plasticidade, dão sustentação e unidade a todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Miguel Reale, citado pelo civilista Flávio Tartuce, “[...] são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas [...]”².

Com a evolução do direito e, principalmente, com a ascensão e consolidação do neoconstitucionalismo, os princípios ganharam cada vez mais relevância no sistema jurídico, não podendo mais ser vistos como meras diretrizes. Atualmente, é impossível negar sua força normativa e o valor coercitivo dos princípios.

Ademais, assumindo a classificação de regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica, há de se destacar que a importância que os princípios assumem é tão notória a ponto de estes prevalecerem em eventual conflito entre princípios e regras. Isto fica evidente quando sob determinada conduta incide, por exemplo, o princípio da bagatela ou da insignificância: mesmo que uma conduta seja tipificada como criminosa por uma regra, a tipicidade fica afastada pela incidência do citado princípio.

2.2 Neoconstitucionalismo

Em sua origem, o constitucionalismo surgiu como um limite ao arbítrio do monarca absolutista, representante máximo da figura do Estado, frente aos direitos individuais. O movimento constitucionalista foi, então, a consequência jurídica da Era das Luzes, verdadeira revolução que finalmente identificou o homem como indivíduo portador de direitos.

¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 6ª edição. São Paulo: Método, 2016, p. 20

² *Idem*.

Mesmo diante de toda evolução que o movimento constitucionalista passou durante todos esses séculos de mudanças e novas concepções, o esforço em limitar o poder do Estado e impedir novas arbitrariedades e supressão desmedida da liberdade e dignidade do indivíduo ainda é o cerne de uma Constituição ideal.

Assim sendo, apesar da nova concepção de Constituição trazida pelo neoconstitucionalismo, é impossível desvincular a origem profundamente liberal do movimento constitucional. Em verdade, o novo paradigma criado por esse fruto da era pós-positivista somente reforça o indubitável destino das Constituições em proteger a liberdade individual.

É por ser detentora de uma função tão notável, que a Constituição foi eleita como a norma das normas, o ápice de todo o sistema jurídico. E é nesse sentido que se consagra o princípio da supremacia da Constituição, pelo qual toda norma jurídica deve estar de acordo com as normas e valores estabelecidos pela Lei Maior, sob pena de padecer de vício de inconstitucionalidade.

O Neoconstitucionalismo é uma nova perspectiva do constitucionalismo, através do qual a Constituição ocupa um papel central em todo o ordenamento. Esclarece Pedro Lenza que:

Dentro dessa nova realidade, não mais apenas busca atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o ter de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais³.

Ainda segundo Lenza, são pontos marcantes no Neoconstitucionalismo o i) Estado Constitucional de Direito, em que há uma superação do Estado Legislativo de Direito, colocando-se a Constituição como centro do sistema, caracterizado por intensa carga valorativa, devendo todas as normas serem a partir dela interpretadas; o ii) conteúdo axiológico da Constituição, já que o Texto Maior incorpora diversos valores e opções políticas, notadamente a dignidade do ser humano e os direitos fundamentais, que deverão nortear a atividade

³LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p.76

legislativa e a iii) concretização dos valores constitucionais e garantias de condições mínimas como o norte das atividades dos poderes constituídos⁴.

É inegável que o constitucionalismo brasileiro esteja completamente influenciado por essa nova forma de encarar a Constituição e suas normas, haja vista que, nas palavras de André Estefam, “vivenciamos um inequívoco regime de supremacia constitucional, em que a ela se outorga o título de *lex superior*”⁵.

A Constituição é fundamento de validade de todo o direito infraconstitucional. Os valores por ela estabelecidos se irradiam por todo o sistema, sendo impossível que se faça qualquer interpretação dos princípios infraconstitucionais penais, nem de qualquer outra espécie normativa, sem que se faça pelos “olhos da Constituição”. Assim, não basta a mera compatibilização formal das leis com a Constituição, mas também há que se buscar compatibilidade material: o legislador, bem como os intérpretes e operadores do Direito devem atuar no sentido de dar eficácia à Carta Magna.

2.3 Princípios Constitucionais

Nessa nova perspectiva do neoconstitucionalismo, os princípios trazidos pelo texto constitucional assumem grande influência sobre o Direito Penal, devendo ser considerados quando da produção e da interpretação das normas penais e dos demais ramos do Direito.

Muito mais do que uma carta de intenções, a Constituição Federal se destina a ser um instrumento em favor do indivíduo e da sociedade como um todo. Uma garantia de que os direitos inerentes ao homem serão respeitados, direitos esses que são indispensáveis ao pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

⁴ *Ibidem*, p. 77

⁵ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 88

De tantos, para os fins a que se presta este trabalho serão aqui discorridos apenas três deles: os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da culpabilidade.

2.3.1 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz uma visão antropocêntrica das coisas, colocando o ser humano como fim último da atuação estatal. Esse princípio se traduz na preocupação com os direitos humanos, e ganha força, principalmente, após séries de genocídios cometidos no período subsequente à II Grande Guerra Mundial, quando a condição humana foi desconsiderada por déspotas que rebaixaram seres humanos a meros instrumentos utilizados pelas ideologias que patrocinavam.

Nas palavras do influente constitucionalista J.J. Canotilho, citado por André Estefam:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios⁶.

A dignidade da pessoa humana foi definida pela Constituição como fundamento e princípio fundamental da República. Esse princípio ganhou posição de destaque em nosso ordenamento com a promulgação da Constituição de 1988, que é conhecida justamente pela grande preocupação em garantir os direitos fundamentais do homem.

É evidente a influência que esse princípio possui sobre o Direito Penal brasileiro. Os primeiros reflexos dessa influência são observados nas próprias normas constitucionais, especialmente as positivadas no art. 5º, III, XLVII, XLIX, que preveem, respectivamente, a proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante; a proibição de penas de morte, de caráter perpétuo, de

⁶ *Ibidem*, p. 103

banimento e cruéis; o direito dos presos de ter respeitado sua integridade física e moral.

Na lição de André Estefam:

A doutrina tende a vislumbrar dois aspectos ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Penal; um deles voltado ao crime, outro vinculado à pena. São eles: a proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas (afinal, o Direito é que está a serviço da humanidade, e não o contrário); e a vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório⁷.

Não são poucas as decisões judiciais que trazem o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento, sendo possível, inclusive, que determinada decisão se baseie somente neste princípio para resolver um caso concreto, tamanha a força normativa que possui.

Dentre tantas, destaca-se a decisão proferida pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 92.961, em 11 de novembro de 2007, tendo por relator o ministro Eros Grau:

Uso de substância entorpecente. Princípio da insignificância. Aplicação no âmbito da Justiça Militar. [...] Princípio da dignidade da pessoa humana. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo três. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzimento do grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. A Lei 11.343/2006 – nova Lei Antidrogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura do circunstanciado. Preocupação do estado em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando aos usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. O STM não cogitou da aplicação da Lei 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei Antidrogas, com o princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (...) Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquias militares, indispensáveis ao regular funcionamento da qualquer instituição militar. A aplicação do princípio da insignificância no se caso se impõe; a uma porque

⁷ *Idem*.

presentes seus requisitos de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.⁸

É nesse sentido que o princípio em comento ganha relevante destaque à ordem jurídico-constitucional e ao presente estudo.

2.3.2 Legalidade

O princípio da legalidade é postulado básico e fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito. Remontando às origens históricas deste princípio, pode-se dizer que a sua consolidação se deu com o advento do Iluminismo. Nas palavras de Estefam:

Bradava-se pelo fim do absolutismo, retirando-se a soberania das mãos do monarca em favor da nação, cuja voz altiva se expressava por meio da lei, resultando da vontade geral e inspirada no bem comum, admitindo-se que todos os cidadãos concorressem, por si ou por seus mandatários, a sua formação⁹.

Ao adotar o sistema da *civil law* como sistema jurídico, o ordenamento jurídico brasileiro elevou o princípio da legalidade à uma posição de destaque, sendo, inclusive, positivado no artigo 5º, inc. XXXIX da própria Carta Magna, que assim dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal¹⁰.”

Tal princípio ganha ainda maior destaque no Direito Penal, vez que constitui garantia fundamental ao cidadão de ter sua liberdade assegurada frente ao arbítrio estatal, de tal modo que determinada conduta somente poderá ser punida desde que exista prévia previsão legal neste sentido.

Também é uma clara expressão do princípio da segurança jurídica, já que concede estabilidade ao sistema, impedindo que atos antes aceitos como lícitos

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 92.961**. Relator Min. Eros Grau, Brasília, 11.12.2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2572710>>, acesso em 24 de setembro de 2019.

⁹ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa de Brasil**, Brasília, DF; Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 24 de setembro de 2019.

se transformem com passíveis de punição de âmbito penal ao tempo em que foram praticados.

Categórica é a afirmação do penalista Guilherme de Souza Nucci, citado por André Estefam, de que “o Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade”¹¹.

2.3.3 Culpabilidade

Há controvérsia doutrinária quanto a posição da culpabilidade no âmbito do direito penal. Diante da relevância dos doutrinadores que divergem sobre esse assunto, é impossível determinar o que prevalece, se há ou não uma corrente majoritária.

Uma parte da doutrina entende que a culpabilidade é um dos requisitos do crime, adotando a teoria tripartite de crime. Dentre eles, pode-se citar Rogério Greco, Nelson Hungria e Aníbal Bruno. Por outro lado, há aqueles que entendem a culpabilidade como pressuposto inafastável para a aplicação da pena, como Damásio de Jesus e Júlio Fabbrini Mirabete.¹²

Fato é que a culpabilidade possui fundamento constitucional, sendo positivado pelo art. 5º, LVII da Lei Maior, que assim estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Além de consagrar o conhecido princípio processual da presunção de inocência, o citado dispositivo também estabelece *status* constitucional para o princípio da culpabilidade. Leciona Estefam que:

Se ninguém pode ser qualificado como culpado senão quando condenado por sentença penal transitada em julgado, significa, raciocinando inversamente, que somente se pode condenar, em sentença penal, quando se reconhecer a culpabilidade do agente; portanto, não há pena sem culpabilidade¹³.

¹¹ *Ibidem*, p. 108

¹² VILLAS BÔAS, Camila Nunes. Teoria do Crime: Concepção Tripartite. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://cavillasboas22.jusbrasil.com.br/artigos/535333341/teoria-do-crime-concecao-tripartite>>, acesso em 25 de setembro de 2019.

¹³ / ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 121

Para além da discussão sobre a natureza jurídica, é fato que a culpabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, possui dupla dimensão.

A primeira dimensão corresponde à reprovabilidade do ato, correspondendo à um juízo de reprovação que recai sobre o autor do crime, se fazendo necessário averiguar a presença de três elementos, que são condição *sine qua non* para a aplicação da pena. São eles: imputabilidade, possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato e exigibilidade de conduta diversa¹⁴.

Por sua vez, a segunda dimensão equivale a censurabilidade do comportamento praticado, servido como parâmetro para a fixação da pena, conforme previsão expressa do artigo 59 do Código Penal. É por meio dessa dimensão que o juiz, após a confirmação da materialidade e autoria do crime, dosa a qualidade, quantidade e rigor da pena a ser aplicada¹⁵.

2.4 Princípios Derivados ou Decorrentes

Como se sabe, as leis e demais atos infralegais tiram seu fundamento de validade da norma fundamental superior, no caso, a Constituição. Nenhuma espécie de ato normativo pode contrariar as normas constitucionais, sob pena de ter sua validade cominada por vício de inconstitucionalidade. Mas não é somente nesse aspecto que deve haver observância à Constituição: todo o ordenamento jurídico deve estar em harmonia com os princípios, regras e diretrizes constitucionalmente estabelecidas.

Não é diferente com os princípios. No Direito Penal, bem como nos diversos ramos do Direito, os princípios buscam seu fundamento de validade na Constituição. Portanto, mesmo não estando expressamente previstos no texto constitucional, os princípios que norteiam o Direito Penal acabam por ser uma decorrência das normas Constitucionais.

¹⁴ *Idem*

¹⁵ *Idem*

2.4.1 Princípio da alteridade ou transcendentalidade

Esse princípio se destina mais ao legislador que ao juiz, definindo que as normas penais incriminatórias somente podem ser direcionadas às condutas que produzam lesões a direitos alheios. Uma conduta não pode ser considerada criminosa se trazer danos única e exclusivamente à própria esfera jurídica do agente.

Destaca-se que foi na Revolução Francesa, época em que a liberdade civil e o Estado de Direito estavam em fase inicial de desenvolvimento, que o princípio em questão passou a ganhar força e relevância¹⁶. Os artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão propunham que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique ao próximo (...)” e “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade”.

É com base neste princípio que não se pune o suicídio, a autolesão justificada pela fé religiosa ou quaisquer outros atos que o agente comete de forma reflexa, ou seja, contra ele mesmo.

Ressalta-se, inclusive, que:

O consumo de drogas, realizando individualmente em ambientes privados, também não constitui crime, pois nesse cenário, o comportamento não põe em risco o bem jurídico protegido (saúde coletiva), motivo por que o ato não se reveste de tipicidade penal. Lembre que o legislador brasileiro, acatando a alteridade necessária para justificar a incriminação, proíbe as ações de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (não há previsão de ações como “consumir”, “inalar”, “injetar” e etc.)¹⁷.

Como será demonstrado adiante, um dos vetores de maior discussão entre a constitucionalidade ou não da criminalização dos crimes de consumo próprio de drogas é, justamente, se há ofensa significativa, ou mesmo ofensa alguma, à bem jurídico alheio, na conduta do agente que porta quantidade de drogas para uso exclusivamente pessoal.

¹⁶ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 136

¹⁷ *Idem*.

2.4.2 Princípio da Lesividade

As leis penais são o instrumento pelo meio do qual se protege os bens jurídicos mais fundamentais do indivíduo e da sociedade, mas não há que se olvidar que igualmente são meios de garantir que a repressora força estatal somente seja utilizada nos casos previamente previstos pela própria Lei.

Dessa forma, o Direito Penal se caracteriza como uma força destinada a garantir a segurança da sociedade e possibilitar manutenção da sua existência, reprimindo injustas e violentas agressões a importantes bens jurídicos alheios, mas também como um meio de garantir os direitos individuais do arbítrio estatal.

Apesar de tal expressão de garantia, ainda não resta suficientemente amparada a liberdade e os demais direitos fundamentais do indivíduo, pois ainda que haja a proteção dada pelo princípio da legalidade, nada impede que leis penais desarrazoadas sejam editadas, violando os direitos naturais inerentes a figura humana.

O princípio da lesividade então surge como um delineador dos limites de punir do Estado, impedindo que sejam editadas normas que venham a sancionar condutas que não violem bens jurídicos alheios. Assim sendo, é isento de punição no âmbito penal quaisquer condutas que não ultrapassem o patrimônio jurídico do próprio agente.

Destaca-se que o princípio da lesividade não possui expressa previsão no ordenamento jurídico brasileiro. E nem é preciso. Apesar de tal princípio ser uma construção doutrinária e fruto da experiência histórico-jurídica, sua presença no nosso sistema jurídico é evidente pela simples interpretação sistemática e teleológica das normas.

2.4.3 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Esse princípio se traz no fato de que o Direito Penal somente tem sob sua tutela bens jurídicos fundamentais e reconhecidos pela ordem jurídica, não sendo abrangido meros atos atentatórios de valores unicamente morais, religiosos ou ideológicos.

Nas palavras de Claus Roxin, citado na obra de Estefam:

A proteção de normais morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias¹⁸.

Contudo, cabe destacar que os bens jurídicos em questão devem ser aqueles previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal e não somente os positivados em leis. Desta forma, se evita que valores puramente morais, religiosos ou ideológicos que possam vir a figurar no ordenamento jurídico em razão da atividade do legislador ordinário se constituam como bens jurídicos passíveis de tutela da norma penal.

Neste sentido, André Estefam ratifica que:

A seleção de fatos penalmente relevantes, embora caiba ao parlamento, deve-se dar em estrito cumprimento à Constituição Federal, de onde se devem retirar os valores aptos a merecer a tutela penal. Em outras palavras, ao se descrever os atos lesivos a bens jurídicos, deve-se assegurar que eles expressem os valores expressos ou implícitos consagrados em nossa Lei Fundamental¹⁹.

Assim, busca-se minimizar que as paixões de parte de determinada sociedade em determinada época, através da ação de legisladores eleitos, sejam suficientes para desfigurar o espírito da Constituição e do Estado Democrático de Direito, impedindo a criminalização de condutas que deveriam ser apenas moralmente condenáveis em crimes.

2.4.4 Princípio da Intervenção mínima

Nas palavras de Damásio de Jesus, o princípio da intervenção mínima atua no seguinte sentido:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescritibilidade, só devendo intervir o Estado por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita²⁰.

¹⁸ *Ibidem*, p. 137

¹⁹ *Idem*.

²⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52

Complementa André Estefam da seguinte forma:

O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal²¹.

Esse princípio tem por fim evitar que o Estado intervenha na autonomia privada além dos limites estritamente necessários, garantindo que o poder punitivo somente se manifeste em situações extremas que exijam a intervenção estatal para garantir a paz social.

Como já consolidado há anos, o Direito Penal e suas duras penas devem ser a *ultima ratio* para solucionar situações conflituosas, e jamais a *prima ratio*. A liberdade individual é uma conquista de séculos, liberdade essa que é tida como um dos núcleos centrais de um Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o Direito Penal, apesar de ser justamente um dos meios utilizados pelo Estado para garantir a liberdade, a segurança e a paz social, paradoxalmente, tem na restrição da liberdade o seu maior instrumento para assegurar os fins aos quais se destina.

Portanto, esse princípio há de ser interpretado em consonância, principalmente, com o princípio da lesividade, como também com os demais princípios que norteiam o Direito Penal. Nesse sentido, qualquer conduta que não afete significantes bens jurídicos alheios constitucionalmente protegidos, de forma abrupta e agressiva, não devem ser objeto do Direito Penal.

2.4.5 Princípio da adequação social

O princípio da adequação social foi desenvolvido por Hans Welzel, com o escopo de conferir à ação, para que possuísse relevância penal, mais do que a realização de uma atitude finalisticamente orientada, a prática de um ato socialmente inadequado.

²¹ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 140

Segundo Welzel, citado por Estefam, “ações socialmente adequadas são aquelas atividades nas quais a vida em comunidade se desenvolve segundo a ordem historicamente estabelecida”²².

Portanto, tal princípio tem como objetivo primeiro nortear e delimitar a atividade legislativa, conduzindo o legislador à somente criminalizar condutas que estejam de acordo com os costumes de determinada sociedade, impedindo que leis aparentemente justificáveis pelos fins que pretende alcançar viole atos considerados pela consciência social como adequados.

A tipificação de atos socialmente adequados é inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade humana por punir de forma excessivamente rigorosa atos que sequer deveriam ser punidos. Nunca se pode esquecer que o Direito é um instrumento à disposição da sociedade e nunca um fim em si mesmo. Qualquer tipo de instrumento normativo que contrarie direitos fundamentais naturais ao homem ou costumes historicamente sedimentados pela tradição de determinada sociedade leva a um confronto entre o direito positivado e um dos mais basilares direitos naturais que todo homem de qualquer tempo e lugar possui: liberdade.

2.4.6 Princípio da proporcionalidade

Na forma em que foi originariamente concebido, a proporcionalidade foi definida como um limite ao poder estatal frente à esfera individual dos particulares, uma relação de equilíbrio entre o objetivo buscado pela norma e dos meios aos quais se valia²³.

De forma analítica, pode-se desdobrar o princípio da proporcionalidade em outros três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação representa a idoneidade da medida, ou seja, os meios utilizados devem ser idôneos para a consecução do fim ao qual se busca atingir. Para fins penais, importa verificar se a norma regula um comportamento

²² *Ibidem*, p. 41

²³ *Ibidem*, p. 146.

considerando relevante do ponto de vista social e se implica em algum valor de natureza constitucional, expressa ou implicitamente estabelecido²⁴.

A necessidade, por sua vez, traduz-se na exigibilidade dos meios que foram estabelecidos para regular determinada conduta. Tal exigibilidade é verificada na tipificação de determinada conduta, momento em que se confundirá com os princípios já citados: da Intervenção Mínima e da Subsidiariedade, já que não há necessidade de trazer para o campo do Direito Penal comportamentos que possuem solução satisfatória por outros ramos do Direito.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito completa o teste da proporcionalidade ampla, cuidando de examinar se o preceito secundário da norma elaborada pelo legislador, ou seja, o tipo e a extensão da pena escolhida, é proporcional à conduta que se visa coibir. Esse último subprincípio foi consagrado ainda no século XVIII, durante o movimento Iluminista, destacando-se a obra *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria²⁵ como grande expoente em sua defesa.²⁶

O artigo 28 não apresenta a adequação necessária para ser considerado como medida idônea para fins penais, visto que os meios utilizados não são apropriados para os fins aos quais se destina. Uma interpretação sistemática da Lei 11.343/2006 revela uma preocupação em prevenir o uso de drogas assim como recuperar e reinserir o usuário de drogas à sociedade. A vulnerabilidade do usuário é reconhecida pela própria Lei, que dedica boa parte dos seus dispositivos a conceder amparo a todos aqueles vitimados pelo sombrio caminho criado pelas drogas. E aqui jaz a grande incoerência. O mesmo diploma legal que traz um tratamento mais humanizado ao usuário de drogas, reconhecendo a necessidade de amparo e da assistência do Estado e da sociedade como um todo, também é o responsável por criminalizar sua conduta. Mesmo conhecendo sua vulnerabilidade, a legislação submete o usuário de drogas a um penoso e desgastante processo penal.

²⁴ *Ibidem*, p. 148

²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martin Claret. 2014.

²⁶ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148.

Conforme destaca Estefam, fortifica esse argumento o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no recurso extraordinário 635.659, aduzindo corretamente que a criminalização conduz a estigmatização do usuário e põe em risco medidas de prevenção e redução de danos²⁷.

Do mesmo modo, a necessidade da medida não se faz presente. A conduta do usuário não fere bens jurídicos alheios, causando danos tão somente ao próprio. Ainda que a legislação determine as condutas referente ao porte de drogas para consumo próprio como ilícito, jamais poderia ser visto como um ilícito de tamanha gravidade que tenha a necessidade da intervenção do Direito Penal.

Por fim, a medida se releva desproporcional no sentido estrito do princípio em questão. Ainda que não haja previsão de pena privativa de liberdade, qualquer sanção penal aplicada a uma conduta que sequer deveria ser tipificada é desproporcional.

²⁷ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.88

3 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

O conceito de legislação simbólica foi desenvolvido pelo professor Marcelo Neves. De acordo com sua definição, citada na obra de Lenza, legislação simbólica “aponta para o predomínio ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico instrumental”²⁸.

Ainda segundo o professor, novamente citado por Lenza, a legislação simbólica possui um modelo tricotômico que configura sua tipologia: “a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromisso dilatatórios.”²⁹.

3.1 Confirmar valores sociais

Ao confirmar valores sociais, o legislador secundariza a função normativa da lei, bem como afasta o principal objetivo do Direito, que é buscar a justiça e trazer segurança para os indivíduos e as relações sociais, para sobrepor determinados valores eleitos como nucleares por uma parte da sociedade sobre outros.

Por esse primeiro aspecto, acaba-se revelando que a elaboração de determinada norma assume uma finalidade puramente moral, moral esta que não pode ser considerada como componente de todo grupo social, mas apenas parte dele.

Citando Gusfield, Neves, que recebeu grande ênfase na obra de Lenza, exemplifica com a famosa Lei Seca americana:

Os defensores da proibição do consumo de bebidas alcóolicas não estavam interessados em sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores da lei proibitiva e católicos imigrantes contrários à proibição, a vitória legislativa teria funcionado simbolicamente à um só

²⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

²⁹ *Idem*.

tempo como ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores, sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais³⁰.

Dessa forma, o grupo que tem seus valores prestigiados pelo legislador faz prevalecer seus valores contra o grupo adversário.

É de conhecimento geral que a população brasileira é em sua imensa maioria religiosa e conservadora. Parte considerável destes repugna completamente o uso de qualquer substância alucinógena, que afasta o homem de sua razão e sanidade, o tornando ainda mais propenso a atos contrários a moral social.

O uso de drogas é conduta que tem potencial para causar danos somente ao agente que, de forma livre e consciente, opta por fazer uso daquela substância. Não há motivos jurídicos relevantes o suficiente que justifiquem a criminalização e repressão da citada conduta, à não ser a vontade do legislador em privilegiar os valores de seu eleitorado, deixando de lado a justiça e segurança, finalidades primeiras da norma, para conferir ao seu público-alvo uma sensação de prestígio e respeito social.

3.2 Demonstração da capacidade de ação do Estado no tocante à solução de problemas (legislação-álibi)

A aparente demonstração da capacidade de atuação pontual do Estado diante de um problema também se mostra como uma das características das legislações simbólicas.

Além de ter o objetivo de confirmar valores de determinados grupos, a legislação simbólica pode ter o objetivo de assegurar confiança nos sistemas jurídicos e político. Diante de certa insatisfação da sociedade, a legislação álibi aparece como uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado. Busca a legislação-álibi dar uma aparente solução para problemas da sociedade, mesmo que mascarando a realidade³¹.

Nas palavras do criador dessa teoria, a legislação-álibi destina-se a

... criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a

³⁰ *Ibidem*, p. 34

³¹ *Idem*.

legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função 'ideológica'³².

Diante do justificável apelo popular em obter uma solução para os danos sociais causados pelo vício químico em entorpecentes, a resposta dada pelo Estado foi a mais simplória possível diante de problema de tamanha complexidade.

O uso de substâncias entorpecentes e as pessoas vitimadas pela dependência química decorrentes de seu consumo é uma questão a ser enfrentada mediante intenso e aprofundado debate diálogo com a sociedade. O tema abrange questões de cunho médico, social, político e até econômico. É uma questão de nível global e que não pode ser dada como resolvida pela simples edição de uma lei, principalmente uma lei de natureza penal, que, por sua natureza, produz efeitos de grande repercussão.

O Estado não pode ignorar as proporções que o problema exige, limitando-se a criminalizar o uso de drogas e, conseqüentemente, taxar como criminosos àqueles que se veem em dependência da substância, utilizando de sua força repressora para punir àqueles que, na verdade, mais precisam de auxílio para que possam ter sua dignidade como pessoa humana garantida.

Outro evidente problema desse tipo de reação estatal, principalmente por parte dos parlamentares, é que se pode ter a Lei não é uma fórmula de solução rápida que deve ser utilizada diante de todo e qualquer clamor da sociedade, especialmente a lei penal.

A Lei é um instrumento que deve ser utilizado em favor da própria sociedade para impedir o arbítrio estatal, garantir direitos, dar previsibilidade aos atos e negócios jurídicos e garantir a manutenção de valores como segurança, isonomia e justiça, tornando possível o convívio social do ser humano.

Na verdade, foi nesse sentido que se deu toda a evolução do Direito e da sociedade, sendo a lei o sustentáculo dos direitos fundamentais do homem³³

³² *Idem.*

³³ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 86

numa época em que os direitos naturais e inerentes ao homem eram todos sobrepostos à vontade do Estado total.

Portanto, é um enorme equívoco por parte do legislador desvirtuar a origem histórica e o propósito da Lei de instrumento a favor da sociedade, passando a utilizar como instrumento em favor de blindagem das críticas ao Estado.

3.3 Adiamento da solução de conflitos através de compromissos dilatatórios

Neves, novamente destacado por Lenza, aponta que a legislação simbólica pode também

Servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas sim nas transferências da solução do conflito para um futuro indeterminado³⁴.

E conclui da seguinte maneira:

Abranda-se um conflito político interno através de uma 'lei aparentemente progressiva', 'que satisfaça ambos os partidos', transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente³⁵.

A explanação do professor se mostra perfeita, na medida em que enquadra perfeitamente com as características apresentadas pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006.

O objetivo de toda lei penal incriminadora é inibir condutas indesejadas que venham a ferir direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Contudo, ano após ano o consumo de drogas continua sendo uma constante presente no Brasil. O tráfico de drogas continua sendo a maior causa de encarceramento; os recursos públicos seguem sendo consideravelmente destinados à guerra as

³⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102

³⁵ *Idem*.

drogas; milhares de vida se perdem no diário confronto entre as forças policiais e traficantes, que, por sua vez, se tornam cada vez mais fortes financeiramente, haja vista que o mercado negro criado indiretamente pela proibição é a única oferta para a alta e infindável demanda dos usuários.

4 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 E A QUESTÃO NOS TRIBUNAIS

Observados os requisitos de admissibilidade previstos no art. 102, III da Constituição Federal, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e admitiu um recurso extraordinário interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo atacando acórdão proferido pelo Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema/SP.

No caso concreto, o recorrente é acusado de portar consigo 3 gramas de maconha para consumo pessoal, razão pela qual foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo pela prática da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006. *In verbis*

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo³⁶.

A razão pela qual o referido recurso merece destaque no presente trabalho reside no fato de que uma das teses defensivas levantadas é justamente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo defende que a criminalização do usuário de drogas é inconstitucional por se tratar de medida arbitrária imposta pelo legislador, extrapolando o mandato de criminalização a este imposto pela própria Constituição em seu art. 5º, XLIII.

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem³⁷.

³⁶ BRASIL. **Lei Federal 11.343** de 23 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm, acesso em 24 de setembro de 2019.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa de Brasil**, Brasília, DF; Senado Federal, 1988. Disponível em

O que a Constituição determina é que o tráfico de drogas, por se equiparar a crime hediondo, deve ser objeto de lei penal incriminadora. Contudo, de acordo com a Defensoria, o comportamento tomado por aquele que visa tão somente ter consigo drogas para uso exclusivamente pessoal jamais poderia ser tido como conduta criminosa, haja vista que:

Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal ³⁸.

Argumenta ainda que a criminalização do porte de drogas para consumo próprio confronta e viola direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles o direito a intimidade, a vida privada e a autodeterminação.

A Defensoria destaca ainda interesse julgado da 06ª Câmara do 03º Grupo de Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da apelação n. 01113563.3/0-0000-000, que, no voto do relator desembargador José Henrique Rodrigues Torres, em controle difuso de constitucionalidade, entendeu inconstitucional o referido dispositivo legal:

Todavia, a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 50 da Constituição Federal como dogmas de garantia individual. Como observa Saio de Carvalho, a permanência da lógica bélica e sanitária nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo ao uso de entorpecentes é injustificável'. Drogas proibidas. o elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão 'para consumo próprio delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão. É por isso que Alexandre Morais da Rosa afirma que 'no caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo artigo 16 da Lei n. 6368/76 é integridade física e não a incolumidade pública'. implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 50 da Constituição Federal. Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante 'distinção de tratamento penal (drogas

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 24 de setembro de 2019.

³⁸ GOMES, Leandro de Castro. Página 13 do **Recurso Extraordinário** interposto pela Defensoria. Disponível em http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/RE_635659_Art_28_Recurso_DPE_SP.pdf, acesso em 25 de setembro de 2019.

ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica. Mas não é só. Não se olvide da violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral. Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade. Induvidosamente, criminalizadora 'nenhuma será legítima norma penal se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da inferioridade'. Decididamente, um direito penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão [...]: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bem jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. o sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. A lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida – bem jurídico maior atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional." Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que seria correto. [...] A Constituição exige tolerância com quem seja assim, sem exigir padrões de moralidade aos diversos grupos existentes, dentre esses os que usam drogas.³⁹

Por outro lado, a Procuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, entendendo que o bem jurídico protegido pela norma incriminadora é a saúde pública e que o porte e consumo da droga contribui para a propagação do vício no meio social. Portanto, segundo defende a PGR, o porte de drogas não atinge o usuário em particular, mas a sociedade como um todo.

Fundamentando tal argumento, expõe o entendimento do jurista Vicente Greco Filho, que afirma:

No caso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui 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 todo⁴⁰.

³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 06° Câmara do 03° Grupo de Secção Criminal. **Apelação nº 01113563.3/0-0000-000**. Relator desembargador José Henrique Rodrigues Torres. Julgado em 31/03/2008. Disponível para acesso em <https://www.conjur.com.br/dl/TJSPdrogas.pdf>, acesso em 22 de setembro de 2019.

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção e Repressão**. Comentários à Lei 11.343/06, Lei de Drogas. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Em seu voto, o Ministro relator Gilmar Mendes, destacou que o dispositivo legal já foi objeto de outro recurso extraordinário julgado pela Corte em 2007. Naquela ocasião, o que estava em debate era se o fato de não mais constar nenhuma pena privativa de liberdade no preceito secundário da norma em questão havia desfigurado a natureza de crime da conduta, oportunidade em que o Supremo entendeu não haver inconstitucionalidade, visto que a supressão da pena privativa de liberdade para as condutas elencadas como criminosas pelo dispositivo não desfigurava sua natureza penal.

Posse de drogas para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/2006 – nova lei de drogas: natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta que a lei ordinária superveniente adote outros critérios para gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição de liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado⁴¹.

O Ministro mostra que, apesar do mesmo dispositivo legal ser o objeto do recurso, o fundamento que o estrutura é diferente. No caso, o que se discute é incompatibilidade do art. 28 com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Assim sendo, não se funda o presente recurso na

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 430105 QO/RJ**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 13 de Fevereiro de 2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314>>, acesso em 21 de setembro de 2019

natureza da infração, mas sim na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito tão somente à esfera penal do agente.

Identifica Gilmar Mendes que se trata de conflitos entre direitos fundamentais: de um lado o direito coletivo à saúde e a segurança, de outro, o direito a vida privada e a intimidade.

Mendes começa a fundamentar seu argumento examinando os parâmetros e limites do controle de constitucionalidade das leis penais. Observa que os mandatos de criminalização trazidos pela Constituição são:

Uma importante dimensão dos direitos fundamentais. Tais disposições traduzem importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros⁴².

Nesse sentido, destaca que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como um dever de abstenção de Estado, mas igualmente um postulado de proteção. Ainda nessa linha, cita o interesse conceito construído por Claus-Wilhelm Canaris, ao dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).

Tal dimensão dos direitos fundamentais justificam os mandados de criminalização trazidos pela Constituição e destinados ao legislador, haja vista que estes visam justamente proteger os direitos fundamentais dos indivíduos da injusta agressão promovida por terceiros.

Mendes destaca que para além dos mandados de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador limites de ação para proteger bens jurídicos elencados como fundamentais pela própria, servindo para este propósito, inclusive, a opção por medidas de natureza penal.

Nesse sentido, enfatiza que a tipificação de determinadas condutas como criminosas estão dentro do âmbito de discricionariedade legislativa, consistindo

⁴² MENDES, Gilmar. **Recurso Extraordinário 635.659**, voto no RE, p. 4. STF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>, acesso em 25 de setembro de 2019.

num verdadeiro direito de legislar. Ressalta ainda que essa discricionariedade, bem como toda a atividade legislativa como um todo, tem seus limites definidos pela própria ordem normativa constitucional e pelo princípio da proporcionalidade.

A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada⁴³.

Por fim, o Ministro conclui que há possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa de natureza penal, incumbindo à Corte Suprema, tendo em vista que se trata de norma de natureza federal, examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma a respeitar os limites definidos pela própria Constituição e pelos princípios da proporcionalidade.

Superado esse ponto, passa a fazer breves considerações acerca do perigo de crime abstrato, tendo em vista que o crime descrito pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 é justamente dessa natureza.

Crimes de perigo abstrato são aqueles em que não há propriamente um resultado naturalístico, ou seja, não há alteração visível do mundo sensível. O legislador elege alguns bens jurídicos que considera imprescindíveis e, dada sua importância, tipifica como crimes condutas que tão somente põe em risco tal bem. Há uma presunção absoluta a respeito da periculosidade da conduta. Assim, não há necessidade de que se comprove lesão; a mera prática da conduta tida por criminosa é suficiente para que faça surgir a punibilidade.⁴⁴

O Ministro relator que não há inconstitucionalidade na definição de crimes de perigo abstrato pelo legislador, mas que:

Não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade

⁴³ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade⁴⁵.

Após, o eminente Ministro destaca que há diferentes modalidades de políticas regulatórias no que tange ao porte de drogas para uso pessoal e as classifica da seguinte forma: i) proibição, ii) despenalização, iii) descriminalização e iv) redução de danos e prevenção de riscos.

A proibição consiste no “estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos.”⁴⁶.

A despenalização se refere a:

Exclusão da pena privativa de liberdade em relação a conduta de posse para uso pessoal bem como em relação a outras condutas de menor potencial ofensivo, sem afastá-las, portanto, do campo da criminalização⁴⁷.

Já a descriminalização é o:

Termo comumente utilizado para descrever a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. Sob essa acepção, embora a conduta passe a não ser mais considerada crime, não quer dizer que tenha havido liberação ou legalização irrestrita da posse para uso pessoal, permanecendo a conduta, em determinadas circunstâncias, censurada por meio de medidas de natureza administrativa⁴⁸.

Por último, tem-se a política de redução de danos e prevenção de riscos, que nada mais é do que a “adoção de programas e de práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais”⁴⁹.

De forma brilhante, Mendes destaca que:

Quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas, na linha dos atuais

⁴⁵ MENDES, Gilmar. **Recurso Extraordinário 635.659**, voto no RE, p. 13. STF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>, acesso em 25 de setembro de 2019., p. 13

⁴⁶ *Ibidem*, p. 14

⁴⁷ *Ibidem*, p. 15

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos⁵⁰.

Passando a análise de constitucionalidade na norma, o relator destaca que se faz necessário:

[...] Examinar se as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade)⁵¹.

Na análise do controle de evidência, Mendes destaca que o elemento que distingue o crime previsto no art. 28 daquele previsto no art. 33 é, principalmente, o uso da expressão “para uso próprio”. Tal fato, ainda segundo o Ministro, revela que o objetivo do legislador era conceder tratamento penal diferenciado entre usuários e traficantes.

A instituição do SISNAD (Sistema Nacional de Política sobre Drogas) revela também a intenção de, aos poucos, levar o sistema brasileiro da despenalização para a política de redução de danos e prevenção de riscos.

Todavia, não é o que se mostra na realidade. Como bem ressalta o Ministro:

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, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional⁵².

Ademais, apesar de não mais haver previsão de pena privativa de liberdade para usuários, o objetivo da lei em dar tratamento diferenciado à usuários e traficantes não foi atingindo, por falta de requisitos objetivos nessa diferenciação.

Foram citadas duas pesquisas sobre como vem sendo julgado os casos de pessoas apreendidas na posse de drogas. Os dados revelam que no Estado do Rio de Janeiro, entre outubro de 2006 e maio de 2008, dentre as 730

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 16

⁵² *Ibidem*, p. 18

sentenças condenatórias por tráfico de entorpecentes que foram analisadas, 80% decorreram de prisões em flagrante. Outros dados curiosos são que em apenas 1,8% dos casos houve menção do envolvimento do acusado com organizações criminosas, 75,6% foi composta por jovens de faixa etária entre 18 e 29 anos, 57% não tinham nenhum antecedente criminal⁵³.

A outra pesquisa realizada no Estado de São Paulo observou que dentre 667 autos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo, a média de apreensão foi de 66,5g de drogas⁵⁴.

Assim, conclui o Ministro de que:

Apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, 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, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional⁵⁵.

Conclui, então, pela:

Incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes”, o que evidencia a “clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade⁵⁶.

Da análise do controle de justificabilidade, o relator aduz que

Não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Pelo contrário, apesar da denominada “guerra às drogas”, é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas⁵⁷.

⁵³ BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Revista Jurídica, Brasília**, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República.

⁵⁴ JESUS, Maria Gorete Marques; OI, Amanda Hidelbrand; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. p. 45.

⁵⁵ MENDES, Gilmar. **Recurso Extraordinário 635.659**, voto no RE, página 18. STF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>, acesso em 25 de setembro de 2019.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21

⁵⁷ *Idem*.

Completa afirmando que “os dados disponíveis à época da edição da norma não indicavam, com razoável margem de segurança, a sustentabilidade da incriminação”⁵⁸ razão pela qual a criminalização de condutas adstritas ao consumo pessoal de drogas se mostra dissonante com o princípio da proporcionalidade.

Aproximando-se do fim, Gilmar Mendes passa a avaliar se a intervenção do legislador na autonomia privada mostra-se ou não necessária para a proteção de bens jurídicos relevantes e se tal intervenção respeita o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito.

Em sua fundamentação, reconhece que há de fato um conflito entre o interesse coletivo de resguardar a saúde pública frente a luta de determinados indivíduos em manter preservada seu direito de liberdade e autodeterminação.

Destaca que a análise da necessidade consiste em identificar “se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual.”⁵⁹. Ressalta ainda que em nenhum momento desconsidera os malefícios que o uso de drogas causa, mas que dessa análise busca-se somente identificar se a norma penal em questão se faz realmente necessária.

Dito isso, o Ministro chega a uma primeira conclusão de que o valor saúde coletivo não é suficientemente posto em risco a ponto de sacrificar a autonomia individual por meio de sanção de natureza penal. Exemplifica com o tabaco e álcool, que igualmente são substâncias potencialmente nocivas para a saúde pública, mas que não a afetam suficientemente a ponto de ser criminalizado seu usuário.

Atenta ainda para a situação de fragilidade em que o usuário de drogas se encontra, necessitando do amparo do Estado por meio de políticas de atenção a saúde e reinserção social, como é um dos objetivos da própria Lei 11.343/2006, conforme artigos 18 e seguintes. A tipificação das condutas descritas no artigo

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Ibidem*, p. 26

28 mostra-se, portanto, contraditória com os objetivos sociais buscado pela própria Lei.

Por último, aponta para a ineficácia da referida norma atingir seu objetivo, que é prevenir o uso indevido de drogas, conforme expõe o artigo 4º da Lei 11.343/2006, podendo tal finalidade ser alcançada por meio de outras medidas administrativas.

Por fim, o relator entende ser inconstitucional o artigo 28 da Lei 11.343/2006, “por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional”⁶⁰, razão pela qual votou pelo provimento do recurso e para que seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão, sem redução de texto, de forma a afastar todo e qualquer efeito de natureza penal que deste possa irradiar.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 40

5 A LEI 11.343

5.1 Breve histórico

O Dia D da “guerra as drogas” na verdade não foi um dia. Foi uma década. Na década de oitenta do século passado, o Presidente dos Estados Unidos da América, Ronald Reagan, lançou mão de uma enorme campanha publicitária e preventiva que tinha como slogan a frase “*just say no*”, que visava conscientizar a população, especialmente os mais jovens, dos malefícios causados pelo uso de drogas⁶¹.

As penas para usuários e traficantes foram endurecidas e medidas excepcionais foram tomadas, como a edição da “lei de confisco” que passou a permitir que bens de traficantes de drogas fossem apreendidos de forma cautelar pela própria força policial, sem necessidade de decisão judicial.⁶²

Contudo, para além do âmbito interno, a repressão precisava ser feita internacionalmente, especialmente nos países latino-americanos, de onde provinha a maior parte das drogas, em especial, maconha e cocaína.

Para melhor entender a situação, há que se observar o contexto histórico. No fim da década de oitenta, com a queda da União Soviética, os EUA haviam saído como “vencedores” da Guerra Fria, se consolidando como grande potência econômica e militar.

Nesse contexto, não foi difícil para o governo americano conseguir aliados internacionais no combate e repressão às drogas.

Na década de 1990, países do mundo todo ampliaram o orçamento de seus órgãos de repressão, com ajuda americana, e centenas de bilhões de dólares foram gastos com helicópteros militares, armas de alto calibre, vigilância nas fronteiras. A ofensiva foi especialmente dura na América Latina, região que produzia quase toda a droga que os americanos consumiam⁶³.

⁶¹ BURGIERMAN, Denis Russo. **O Fim da Guerra** - A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Editora Leya, 2011, p. 138

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 151.

No Brasil não foi diferente. Diante da ofensiva internacional, a própria Constituição Federal, promulgada em 1988, deu tratamento jurídico mais severo ao tráfico de drogas, equipando-o à crimes hediondos.

Para além do continente americano, o combate às drogas mobilizou o mundo inteiro. Tamanho a relevância do tema, em 1998, a Organização das Nações Unidas sediou em Nova York um encontro para promover uma ofensiva nessa verdadeira guerra. O slogan “Um mundo livre de drogas: é possível” deu o tom da reunião, que pretendia uma meta ambiciosa: no prazo de 10 anos, exterminar as substâncias entorpecentes⁶⁴.

Contudo, os resultados foram decepcionantes e alarmantes. O método repressivo não só foi ineficaz no combate a propagação e uso de drogas, como produziu o efeito contrário. Em 2008, passados 10 anos da ofensiva promovida pela ONU, o consumo de drogas cresceu substancialmente em todas as partes do globo. Segundo dados da própria ONU, o consumo de maconha aumentou 8,5, o uso de cocaína 25% e o de heroína subiu 34,5%⁶⁵.

E o aumento do consumo não foi o único ponto negativo. Com o aumento da demanda, a oferta, naturalmente, também aumentou. O aporte financeiro das negociações envolvendo drogas assumiu proporções inimagináveis, tornando o que antes eram pequenas quadrilhas em verdadeiras organizações criminosas, com hierarquias e *modus operandi* bem definidos e estruturados. O alcance dessas organizações assumiu uma forma pulverizada, se fazendo presente em todas as partes.

O incontável número de vidas humanas perdidas também foi um dos resultados indesejados da guerra as drogas. O Estado acaba por sacrificar todos os anos um expressivo número de policiais que são designados a combater uma guerra que parece não ter fim. De igual modo, vidas inocentes se perdem no meio do confronto armado entre a força policial e traficantes de drogas.

A insistência em manter o tema como um tabu, as paixões, crenças e preconceitos daqueles que omitem os verdadeiros dados e resultados do

⁶⁴ *Ibidem*, p. 166

⁶⁵ *Ibidem*, p.172.

conhecimento público impedem que uma solução eficiente fosse encontrada, mantendo essa insustentável situação durante anos.

Com o passar dos anos, a situação calamitosa tomou tamanhas proporções que ramos da organização civil e alguns países passaram a reavaliar os instrumentos utilizados. Tanto o é que em 2011, na Comissão Global de Política de Drogas, líderes mundiais chegaram a conclusão que “a guerra global contra as drogas fracassou, com efeitos devastadores para os indivíduos e sociedades no mundo todo.”⁶⁶.

Diante da nova perspectiva, países como Espanha, Portugal, Marrocos, Portugal e até mesmo alguns estados dos Estados Unidos começaram a substituir as medidas unicamente repressivas por preventivas e de reintegração e cuidado com o usuário, que, inegavelmente, se encontra numa situação de vulnerabilidade.

Acompanhando essa nova tendência, ainda que apresentando algumas incongruências, a Lei 11.343/2006 foi editada.

5.2 Visão Inicial

A Lei 11.343/2006 foi promulgada e veio em substituição à antiga Lei de Tóxicos, Lei 6.368/1976, que, vale destacar, já havia sido profundamente alterada pela Lei 10.409/2002.

Dentre as novidades trazidas pela inovação legislativa, destaca-se a criação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, previsto nos artigos 3º a 17; a impossibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade as condutas relacionados ao porte de drogas para consumo pessoal; agravamento da pena de tráfico de drogas; criação dos crimes de tráfico privilegiado (art. 33, §4º), financiamento e custeio ao tráfico (art. 36) e do crime especial para a cessão de pequena quantidade de droga para consumo conjunto (cedente eventual), além do estabelecimento de novo rito processual⁶⁷.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 197

⁶⁷ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas** - Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2019, p. 1.

A Lei em questão se divide em 07 títulos (Disposições preliminares; Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas; Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; Da cooperação internacional; Do financiamento das políticas sobre drogas e Disposições finais e transitórias).

Da própria sistemática do diploma se observa que há uma preocupação em diferenciar usuário e traficante de drogas.

Os títulos II e III (Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas; Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas) buscam formas de reintegrar e recuperar usuários fragilizados pelo vício, como igualmente buscam prevenir que outros indivíduos, também fragilizados por suas circunstâncias pessoais, recorram ao uso de drogas, através de métodos que “visem a redução dos riscos e dos danos à saúde em virtude do consumo de drogas”⁶⁸, passando a política de redução de danos à ser um vetor de atuação estatal.

Por outro lado, cumprindo o mandamento de criminalização imposto pela norma constitucional presente no artigo 5º, XLIII, que impõe um tratamento rigoroso em relação ao tráfico, a Lei 11.343/2006 previu um título inteiro (Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas) que objetiva reprimir a traficância.

Ainda buscando trazer um tratamento jurídico diferenciado, a Lei de Drogas demonstrou que busca lançar mão de um tratamento humanizado ao usuário ao retirar qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade para àquele que se enquadrar em uma das condutas previstas no artigo 28, desde que a quantidade de drogas objeto da reprimenda seja tão somente para uso pessoal.

Por outro lado, recrudescer a punição ao traficante de drogas, aumentando sua em relação a legislação anterior para reclusão 05 a 15 anos.

⁶⁸ *Idem.*

Cleber Masson definiu essa política criminal como bifronte. Em suas palavras:

De forma inovadora, a Lei 11.343/2006 representou rompimento de paradigma com relação à compreensão e ao tratamento da problemática relacionada às drogas. Por conjugar os vieses preventivo (quanto ao uso indevido) e repressivo (no tocante ao tráfico), a política criminal inspiradora desta lei é bifronte. Com efeito, ao mesmo tempo em que institui sanções menos excludentes com relação a quem porta droga para consumo pessoal, livrando-os do cárcere e promovendo projetos terapêuticos, a Lei 11.343/2006 promove a repressão e o combate ao tráfico de drogas⁶⁹.

5.3 Conceito de drogas

O conceito de drogas possui definição legal, previsto no artigo 1º, parágrafo único da Lei 11.343/2006, nos seguintes termos:

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União⁷⁰.

Como se pode observar, a definição legal de drogas se enquadra naquilo que a doutrina batizou como norma penal em branco, que são os tipos de normas que possuem seu preceito secundário completo, mas precisam da complementação de outra lei ou ato administrativo para que seu preceito primário complete seu sentido.

Então, do citado dispositivo legal se extrai que somente pode ser consideradas drogas às substâncias capazes de causar dependência que estejam presentes em uma relação elaborada taxativamente pelo Poder Executivo Federal.

Atualmente, o órgão responsável pela elaboração dessa lista é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que editou a Portaria SVS/MS 344/1998, que, dentre outras regulamentações, enumera centenas de substâncias consideradas como entorpecentes.

⁶⁹ *Ibidem*, p.2.

⁷⁰ BRASIL. **Lei Federal 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 25 de setembro de 2019.

Vale destacar importante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que a mera previsão de determinada substância na Portaria SVS/MS 344/1998 é suficiente para caracterizar determinada substância como drogas, sendo dispensável exame pericial para confirmar se a substância causa dependência ou não⁷¹.

5.4 Do Crime de Consumo Pessoal – Artigo 28

Nos termos da Lei:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica⁷².

Antes de mais nada, cabe destacar que, apesar de não mais haver previsão de pena privativa de liberdade, não há dúvida que a natureza jurídica da infração penal prevista nesse dispositivo é de crime, e não de contravenção penal. Nesse sentido:

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

⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 139.667/RJ**. Relator Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17.12.2009, noticiado no Informativo 420.

⁷² BRASIL. **Lei Federal 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 25 de setembro.

ele referentes (Lei 11.343/2006, Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30). [...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/2006, art. 30). Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis⁷³.

Contudo, há ainda quem entenda que, apesar de continuar sendo ato ilícito, o porte de drogas para consumo pessoal não mais se caracteriza como uma infração penal por não mais se enquadrar em nenhuma das descrições previstas no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que define o conceito e a diferença entre crime e contravenção penal. Tais estudiosos classificam a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343 como uma infração *sui generis*⁷⁴.

5.4.1 Objeto Jurídico e Material

Quanto ao objeto jurídico, jaz aqui uma das grandes divergências que cercam a discussão sobre a constitucionalidade da norma. Parte da doutrina e da jurisprudência afirma que o bem jurídico tutelado pela norma em questão é a saúde pública, pois a conduta do usuário auxiliaria na propagação do vício em entorpecentes. Por outro lado, há quem defenda que a conduta atinge bens jurídicos que não ultrapassam a esfera jurídica do autor, razão pela qual não pode ser objeto de norma penal, visto que o Direito Penal não pune a autolesão⁷⁵.

Já o objeto material é a própria droga destinada ao consumo pessoal ou as plantas utilizadas para preparação com a mesma finalidade.

⁷³ SUREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 27.04.2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314>>, acesso em 25 de setembro de 2019.

⁷⁴ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2019, p.10.

⁷⁵ *Idem*.

5.4.2 Dos núcleos do tipo

O *caput* do artigo 28 da Lei 11.343/2006 tipifica como crime as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo próprio.

O parágrafo primeiro do dispositivo prevê um outro crime, equiparando-o ao previsto no *caput* e define como criminosa as condutas de semear, cultivar ou colher drogas para consumo pessoal.

As condutas criminosas previstas no artigo 28 são classificadas como tipos mistos alternativos, também denominados crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. Isso significa que caso a conduta do agente se enquadre em mais de um dos cinco verbos previstos no *caput* ou no parágrafo primeiro do dispositivo, ele responderá por um único delito, desde que as condutas sejam referentes a um mesmo objeto material.

Vale destacar que o elemento normativo do tipo (“sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”) é necessário para a configuração do crime, seja qual for a conduta praticada, sob pena de caracterizar fato atípico⁷⁶.

5.4.3 Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo é o agente, o autor da conduta. Aquele que por ação ou omissão prática conduta tipificada por lei como crime. Os crimes previstos no artigo 28, tanto no *caput* quanto em seu primeiro parágrafo, são crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa, não sendo exigido nenhuma qualificação especial dessa como elementar do tipo, razão pela qual são classificados como crimes comuns.

Na lição de André Estefam, “Crimes comuns são aqueles em que não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, de modo que qualquer

⁷⁶ *Ibidem*, p.13.

pessoa física, que completou 18 anos, pode figurar como seu autor ou partícipe”⁷⁷.

Por outro lado, sujeito passivo é o titular do bem jurídico pela norma penal⁷⁸. No caso dos crimes do artigo 28, o bem jurídico supostamente atingido é a saúde pública. Se trata de um direito difuso, direito este que pertence à toda coletividade. Portanto, o sujeito passivo desses crimes não são um certo número determinado de pessoas, mas sim um ente sem personalidade jurídica: a coletividade.

5.4.4 Elemento Subjetivo

Em razão da ausência de expressa previsão legal nesse sentido, não se admite o crime previsto no artigo 28 na modalidade culposa. Portanto, o dolo é elementar do tipo. Não estando presente o dolo, resta afastada a tipicidade, e, portanto, não há que se falar em crime.

Contudo, há ainda um elemento normativo do tipo que também se configura como um elementar da conduta. Seja qual for a modalidade da conduta, os crimes de posse de droga para consumo pessoal somente estarão caracterizados se ausente autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar⁷⁹.

Assim, havendo autorização estatal para adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo qualquer tipo de droga para consumo próprio, ou ainda plantar, semear ou colher plantas destinadas a pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, o fato será atípico.

5.4.5 Consumo

Os crimes relacionados ao consumo pessoal de drogas são crimes classificados como formais, que são aqueles em que o tipo penal não exige que

⁷⁷ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 201

⁷⁹ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2019, p. 12

um resultado material advenha da conduta para fins de consumação, sendo necessário tão somente a prática da conduta, razão pela qual alguns doutrinadores preferem o chamar pelo didático nome “crimes de consumação antecipada”.

Conforme já entendeu o STJ, para a configuração do crime:

Não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos⁸⁰.

5.4.6 Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada, ou seja, o exercício do direito de ação pelo Ministério Público não depende de qualquer condição especial⁸¹.

Explica Alexandre Cebrian, em obra de coautoria de Victor Rios Gonçalves que “quando um tipo penal nada menciona a respeito da espécie da ação penal, o crime é considerado de ação pública incondicionada”⁸².

5.4.7 Penas

Uma das grandes inovações trazidas pela Lei 11.343/2006 foi a despenalização dos crimes de consumo pessoal de drogas. Cabe destacar que despenalizar não significa isentar de pena, mas sim não prever, em nenhuma hipótese, penas privativas de liberdade para determinada infração.

Ademais, cabe destacar que nenhuma espécie de prisão é admitida.

Fica claro que não se admite, por ausência de previsão legal, a aplicação de pena privativa de liberdade ao condenado por crime de posse de droga para consumo pessoal. Se não há espaço para a prisão penal, ou seja, decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado, é evidente a inviabilidade da prisão provisória, a qualquer título (prisão preventiva, prisão temporária ou prisão em flagrante, com

⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 35.920/DF**. Relator Min. Rogério Schietti Cruz, 29.05.2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-relatada-ministro-rogerio.pdf>>, acesso em 25 de setembro de 2019.

⁸¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, REIS, Alexandre Celebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 6ª Edição. São Paulo; Editora Saraiva, 2017, p. 90.

⁸² *Idem*.

lavatura do auto respectivo), em homenagem ao princípio da homogeneidade⁸³.

Três são as penas previstas pelo artigo 28, aplicáveis tanto ao crime previsto no *caput* quanto ao do parágrafo primeiro: a) advertência sobre os efeitos das drogas; b) prestação de serviços à comunidade, que deverá ser cumprida, preferencialmente, em instituições que se ocupem da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas; e c) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

A depender da necessidade e das especificadas de caso, tais sanções podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, bem como substituídas umas pelas outras.

Por expressa previsão legal (parágrafos 3º e 4º), as penas de prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo terão prazo máximo de cinco meses ou, no caso de reincidência, dez meses.

Em razão da impossibilidade de penas privativas de liberdade, os crimes de consumo próprio de drogas possuem duas características peculiares: i) não substitutividade e ii) não conversibilidade em prisão.

O artigo 44 do Código Penal estabelece as hipóteses em que as penas restritivas de direito substituem as privativas de liberdade. Contudo, por ausência de expressa previsão legal, o crime do artigo 28 da Lei 11.343/2006 não abarca nenhuma hipótese de pena privativa de liberdade, e, portanto, não que se falar em substituição.

Quanto à não conversibilidade, Masson leciona de forma didática:

Sem prejuízo, e ao contrário do previsto no § 4º do art. 44 do Código Penal, que disciplina a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade na hipótese de haver o descumprimento injustificado da restrição imposta, na sistemática da Lei de Drogas isso não ocorre (não conversibilidade em pena privativa de liberdade). De fato, o descumprimento de uma pena restritiva aplicada por crime de posse de droga para consumo pessoal redundará na adoção das

⁸³ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas** - Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2019, p. 22.

medidas de apoio (ou medidas coercitivas) do § 6º do art. 28, mas jamais na conversão em prisão, por falta de previsão legal⁸⁴.

As medidas de apoio são expressamente previstas no parágrafo 6º do artigo legal em comento, prevendo duas hipóteses: i) admoestação verbal e ii) multa, tendo sido claro o próprio dispositivo acerca do objetivo perquirido com a adoção de tais medidas:

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa⁸⁵

Mais uma vez, em preciosa lição, o professor Cleber Masson joga luz ao tema, explicando que:

A admoestação verbal e a multa não constituem penas. Não integram o preceito secundário de nenhum tipo penal. Destarte, é amplamente majoritária a concepção segundo a qual essas providências têm natureza jurídica de medidas de apoio (de coerção ou de garantia), que se prestam a garantir o cumprimento das penas⁸⁶.

Como decorrência direta da despenalização, os crimes de consumo pessoal de drogas se enquadram no conceito de crimes de menor potencial ofensivo, entendido esses como aqueles em que a pena máxima não seja superior a dois anos, razão pela qual são de competência do Juizados Especiais Criminais.

Por último, destaca-se que a extinção da pretensão punitiva e executória estatal se dá com o prazo prescricional de dois anos, como determina o artigo 30 da Lei 11.343.

5.5 Consumo pessoal x tráfico

A destinação da droga para consumo próprio é elementar do tipo, representando uma finalidade específica. Se qualquer das condutas previstas no

⁸⁴ *Ibidem*, p.28.

⁸⁵ BRASIL. **Lei Federal 11.343 de 23 de Agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>, acesso em 25 de setembro de 2019.

⁸⁶ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2019, p. 14.

artigo 28 forem praticadas visando o consumo de outrem, ainda que sem a presença de mercancia, estará configurado o crime de tráfico de drogas propriamente dito, previsto no artigo 33 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, o §2º do artigo 28 estabelece critérios a serem levados em conta pelo magistrado para determinar se a quantidade de drogas apreendidas, em determinado caso, se destinaria aos crimes de consumo pessoal ou se configura crime de tráfico.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente⁸⁷.

Contudo, apesar da intenção legislativa, a diferenciação é complicada de ser feita casuisticamente, abrindo as portas para a injustiça. Da incorreta análise dos fatos, um usuário pode sofrer as duras penas destinados ao traficante, ao mesmo tempo que um traficante pode ser beneficiado pela impunidade.

Buscando solucionar o caso, doutrina e jurisprudência veem dialogando na busca de garantir a melhor aplicação da lei.

Nesse sentido, Cleber Masson leciona que

E, para determinar se a droga era destinada ao consumo pessoal, no momento da imputação convém que o membro do Ministério Público se valha do sistema da quantificação judicial¹⁴ – art. 28, § 2º, e art. 42 – de modo a aferir os critérios quanto 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 agente⁸⁸.

Como destacado pelo autor, as circunstâncias do caso (como quantidade e qualidade das drogas apreendidas, bem com apetrechos utilizados para a preparação) e as circunstâncias pessoais e sociais do autor (maus antecedentes, condenação anterior por tráfico), são dados que devem ser levados em conta possibilitar a melhor solução, um melhor julgamento.

⁸⁷ BRASIL. **Lei Federal 11.343 de 23 de Agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>, acesso em 25 de setembro de 2019.

⁸⁸ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2019, p. 29.

Ressalta-se que a análise desses dados deve ser feita de forma conjugada, não se podendo tomá-los de forma isolada, sob pena de se descumprir o princípio máximo de justiça, infringindo, assim, o princípio devido processo legal substantivo⁸⁹.

Em respeito ao princípio garantista *in dubio pro reo*, na dúvida de qual será a destinação dada ao objeto material do crime, há de se beneficiar o agente, enquadrando sua conduta no artigo 28 da Lei 11.343.

⁸⁹ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas** - Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2019, p. 16.

6 CONCLUSÃO

É preciso que se enxergue todo o sistema jurídico através da ótica da dignidade do ser humano como razão de toda construção jurídica e social. E não há como começar a falar em dignidade sem que se fale em liberdade, no respeito a autonomia privada.

As normas penais são os instrumentos jurídicos que possuem o maior potencial em violar a autonomia privada, somente sendo justificada sua atuação quando estritamente necessário à manutenção da segurança das relações sociais e da própria existência desta. Então, da conjugação do valor liberdade com o princípio supremo da dignidade da pessoa humana é possível concluir que o princípio da lesividade é uma máxima a ser respeitada no campo Penal.

Nesse contexto, após todo o exposto, conclui-se que a criminalização das condutas descritas pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 são inconstitucionais. Todos os comportamentos ali tipificados somente têm o condão de afetar bens jurídicos que pertencem exclusivamente àquele que porta a droga para consumo próprio.

Isso porque o bem jurídico que a norma penal protege não é a saúde pública, mas sim a incolumidade da saúde individual. A própria norma penal elege como elementar do crime a finalidade específica “para consumo próprio”. Dessa forma, de uma interpretação literal do *caput* do artigo 28 da Lei 11.343/2006 percebe-se que o que seu objeto é uma conduta que não transcende o círculo de direitos do próprio agente, que não atinge bens jurídicos que não o do próprio usuário, invadindo de forma agressiva e indevida a autonomia privada, o direito natural de autodeterminação do indivíduo.

Portanto, em minha opinião, a criminalização das condutas descritas no artigo 28, que são aqueles ligadas ao usuário de drogas, são inconstitucionais, eis que invadem a esfera da autonomia privada do indivíduo, limitando seu direito de autodeterminar-se.

Para além do aspecto jurídico do dispositivo em comento, destaca-se também a ineficácia da criminalização. Não há dúvidas de que um dos fins

almejado por qualquer norma penal é a inibição do comportamento por ela tipificado. Contudo, a tipificação dos crimes relacionados ao porte de drogas para consumo pessoal não somente fracassou em prevenir o uso de drogas, mas como também trouxe efeitos colaterais devastadores.

Conforme destaca Burgierman, com base em dados apontados pelo Departamento Penitenciário Nacional e publicados pelo jornal Folha de São Paulo em 25 de julho de 2011 no artigo “Lei antidrogas aumenta a lotação carcerária”:

Em 2006, o país mudou a lei de drogas e eliminou a pena de prisão para usuários. Em compensação, aumentou muito o rigor com os traficantes, cuja pena mínima passou a ser de cinco anos de cadeia. Entre 2006 e 2011, o número de presos por tráfico cresceu 120%, de 40 mil para 87 mil. A população carcerária do país, que era de 361 mil pessoas em 2006 e encosta em 500 mil em 2011, já é a terceira maior do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. As prisões estão superlotadas, com 170 mil pessoas a mais que o número de camas, apesar de o Brasil ter sido, no mundo inteiro, o país que mais criou vagas em seu sistema carcerário nos últimos vinte anos. Só o estado de São Paulo construiu mais cadeias que qualquer país na década de 2000⁹⁰.

Pode-se discutir que o aumento do número de prisões envolvendo tráfico de drogas aumentou pelo fato das operações policiais ficarem mais eficientes nesse sentido ou pode-se alegar que o aumento se deu pelo fato de ter igualmente aumentado o número de traficantes. Não vem ao caso trazer essa discussão para o âmbito desse estudo. Contudo, uma conclusão inafastável pode ser tirada dos dados destacados: o número de registro de crimes de tráfico de drogas aumentou, o que indica que não houve diminuição no número de usuários.

A lei econômica fundamental da oferta e demanda é suficiente para provar o ocorrido. Se houvesse diminuição no número de usuários, as receitas das organizações criminosas necessariamente também sofreriam quedas, desestimulando criminosos de assumirem o risco da atividade criminosa.

Na verdade, o que a realidade demonstra é que o efeito exatamente contrário foi produzido. As organizações criminosas que possuem no tráfico de

⁹⁰ BURGIERMAN, Denis Russo. O Fim da Guerra - A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Editora Leya, 2011, p. 32.

drogas sua atividade nuclear, se tornaram cada vez mais estruturadas e poderosas. E para manter a atividade em plena operação, usam de métodos cada vez mais violentos.

Para lidar com a questão, o Estado necessita de um grande aporte financeiro para que o combate às quadrilhas criminosas possa ser feito. Como a estrutura bélica utilizada pelos criminosos para assegurar a consumação de seus crimes fica a cada dia mais desenvolvida, não sendo raro relatos de que estes chegam a usar verdadeiras armas de guerra, o Estado se vê forçado a fornecer melhores recursos bélicos a seus agentes para fazer frente ao grupo criminoso. Tal fato constitui um destrutivo e interminável ciclo vicioso, que torna essa guerra sem fim cada vez mais sangrenta.

Recursos orçamentários cada vez maiores são destinados à uma repressão ineficaz, quando deveriam ser voltados à prevenção. Incontáveis vidas humanas são perdidas, dia após dia, numa guerra infinita, que, ao que tudo indica, nunca chegará ao fim.

Assim, não resta dúvidas acerca da ineficácia da criminalização das condutas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, já que a medida resultou em consequências muito diferentes das finalidades ao qual se destinava.

Por estar em dissonância com a ordem jurídica e pelo fato de não existir nenhum resultado fático que demonstre sua necessidade, o único fator que justifica os crimes de porte de droga para consumo pessoal é o fator político. A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal se trata de medida simbólica, que visa somente confirmar valores de determinado grupo da sociedade brasileira, caracterizando-se como uma típica legislação simbólica.

O Direito e sua principal fonte de expressão, a Lei, devem estar sempre em consonância com os direitos naturais inerentes à condição do ser humano. A principal característica do Direito como um fato social é sua instrumentalidade, ou seja, é um instrumento em favor do pleno desenvolvimento do homem e da sociedade. Toda vez que essa característica é desrespeitada e a Lei é utilizada como um fim em si mesmo ou como um instrumento disponível ao bel favor do Estado, e não como uma garantia do povo, efeitos perversos são produzidos. As

leis positivadas sempre devem estar em concordância com as leis naturais, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, de inevitavelmente sempre padecerem de inconstitucionalidade.

7 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF; Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 24 de setembro de 2019. BRASIL. **Lei Federal 11.343** de 23 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

BURGIERMAN, Denis Russo. **O Fim da Guerra** - A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Editora Leya, 2011.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: Prevenção e Repressão. Comentários à Lei 11.343/06, Lei de Drogas. São Paulo. Ed. Saraiva 2011

GOMES, Leandro de Castro. **Página 13 do Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria**. Disponível em http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/RE_635659_Art_28_Recurso_DPE_SP.pdf, acesso em 25 de setembro de 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, REIS, Alexandre Celebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 6ª Edição. São Paulo; Editora Saraiva, 2017

JESUS, Maria Gorete Marques; OLIVEIRA, Amanda Hidelbrand; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo

sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. p. 45.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2019

MENDES, Gilmar. **Recurso Extraordinário 635.659**, voto no RE, página 4. STF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>, acesso em 25 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 92.961**. Relator Min. Eros Grau, Brasília, 11.12.2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2572710>>, acesso em 24 de setembro de 2019

_____. **Recurso Extraordinário 430105 QO/RJ**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314>>, acesso em 21 de setembro de 2019

SURPEMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 139.667/RJ**. Relator Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17.12.2009, noticiado no Informativo 420

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 35.920/DF**. Relator Min. Rogério Schietti Cruz, 29.05.2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-relatada-ministro-rogerio.pdf>>, acesso em 25 de setembro de 2019

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 6ª edição. São Paulo: Método, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 06ª Câmara do 03º Grupo de Seção Criminal. **Apelação nº 01113563.3/0-0000-000**. Relator desembargador José Henrique Rodrigues Torres. Julgado em 31/03/2008. Disponível para acesso em <<https://www.conjur.com.br/dl/TJSPdrogas.pdf>>, acesso em 22 de setembro de 2019

VILLAS BÔAS, Camila Nunes. Teoria do Crime: Concepção Tripartite. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://cavillasboas22.jusbrasil.com.br/artigos/535333341/teoria-do-crime-concepcao-tripartite>>, acesso em 25 de Setembro de 2019.