



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Miguel de Almeida Rodrigues**

**10/0062482**

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06**

**BRASÍLIA/DF**

**2016**

**MIGUEL DE ALMEIDA RODRIGUES**

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientadora: Professora Doutora Beatriz Vargas Gonçalves de Rezende

Brasília, 8 de julho de 2016

**MIGUEL DE ALMEIDA RODRIGUES**

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção de título de Bacharel em Direito pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –  
UnB.

Orientadora: Professora Doutora Beatriz Vargas  
Gonçalves de Rezende

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende  
(Orientador – Presidente)

\_\_\_\_\_

Mestre Rafael de Deus Garcia  
(Membro)

\_\_\_\_\_

Especialista Rodrigo Melo Mesquita  
(Membro)

\_\_\_\_\_

Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias  
(Suplente)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, aos meus familiares, em especial meu pai Dilson e minha mãe Ana Helena, que nunca deixaram de me incentivar nessa importante caminhada acadêmica, e sempre me deram apoio e suporte para enfrentar qualquer problema.

Aos meus amigos que de alguma forma contribuíram para minha formação acadêmica.

À minha orientadora, professora Beatriz, pela paciência e dedicação ao orientar, como também pelos importantes conhecimentos transmitidos.

Ao Doutor Rodrigo Mesquita que contribuiu pontualmente para o esclarecimento de algumas questões sobre o tema do presente trabalho.

Agradeço, desde já, a disponibilidade dos examinadores, que avaliarão o presente estudo.

## EPÍGRAFE

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”

Fernando Pessoa

## **ABSTRACT**

The study will approach the issue of drugs in the international scenario to demonstrate the failure of prohibition policy and propose new alternatives. Then the old national laws that dealt with the issue of drugs will be presented, as well as deepening will in relation to crime of drug possession for personal in the currently law. The central point of this study is on the unconstitutionality of the discussion of Article 28 of Law No. 11.343/06.

**Keywords:** Drugs; Article 28; Law nº 11.343/06; Unconstitutionality; User; Decriminalization.

## RESUMO

O estudo abordará o tema das drogas no cenário internacional para demonstrar o fracasso da política proibicionista e propor novas alternativas. Em seguida, serão apresentadas as antigas leis nacionais que trataram do tema das drogas, bem como aprofundar-se-á em relação ao crime de posse de drogas para consumo pessoal da lei atualmente em vigor. O ponto central do presente estudo está na discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

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

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. EXPANSÃO MUNDIAL DA GUERRA ÀS DROGAS .....</b>	<b>11</b>
1.1 EVOLUÇÃO INTERNACIONAL DO PROIBICIONISMO .....	11
1.2 FRACASSO DA PROPOSTA PROIBICIONISTA.....	14
1.3 ALTERNATIVAS AO PROIBICIONISMO .....	18
<b>2. PANORAMA NO BRASIL .....</b>	<b>23</b>
2.1 EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES DE DROGAS NO BRASIL.....	23
2.2 O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 .....	26
<b>3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>35</b>
3.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP.....	35
3.2 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 À LUZ DOS VOTOS PROFERIDOS NO RE 635.659/SP .....	36
3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS DO RE 635.659/SP .....	43
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

O estudo pretende abordar o consumo de drogas, primordialmente pela perspectiva do usuário. Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais far-se-á uma análise aprofundada deste polêmico tema e do tratamento dado aos consumidores de substâncias ilícitas, bem como discutirá, finalmente, a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

O primeiro capítulo aborda o tema das drogas no âmbito global, de forma que na primeira parte explica-se a evolução da política proibicionista, demonstrando as principais normas internacionais criminalizadoras que foram criadas a partir do século XX. Na segunda parte, o ponto mostra o inevitável fracasso da política pautada na proibição no que tange às metas declaradas: acabar com o consumo e o tráfico de drogas. Ainda nessa passagem, procurou-se evidenciar as terríveis consequências trazidas pelo proibicionismo que refletem em incessantes violações a princípios e direitos fundamentais daqueles que fazem uso de substâncias ilícitas. Por fim, no último tópico do capítulo, buscou-se apresentar alternativas à política repressora, de modo a incentivar e positivar uma evidente tendência mundial por leis mais brandas, menos danosas e preocupadas com tratamentos eficazes dos dependentes.

O segundo capítulo foi reservado, no primeiro ponto, para explicar a evolução pátria legislativa em relação ao tema das drogas, esclarecendo como o ordenamento jurídico tratava as substâncias proibidas. Destacou-se, também, o momento em que a posse de drogas para consumo pessoal passou a ser criminalizada no Brasil. Na segunda metade do capítulo, foi abordado o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, sendo este pormenorizado amplamente para constatar o atual tratamento dado ao usuário de drogas, ainda foi feita uma comparação entre a vigente lei e a antiga Lei nº 6368/76. O dispositivo da Lei Antidrogas foi questionado por ser pouco elucidativo em relação a distinção entre usuário e traficante, bem como foi analisado sob uma ótica garantista para demonstrar que a criminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal não fere a saúde pública e, sim, a saúde individual do usuário.

No terceiro capítulo, foi abordado o tema principal do presente trabalho: a inconstitucionalidade do artigo 28 sob a perspectiva dos votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Barroso no Recurso Extraordinário 635.659/SP interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor do recorrente

Francisco Benedito de Souza, que visa, justamente, questionar a constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 11.343/06 em razão das violações a princípios e direitos constitucionalmente garantidos. Por fim, foi feita uma análise crítica das soluções e alternativas sugeridas pelos ministros julgadores em seus votos.

# 1. EXPANSÃO MUNDIAL DA GUERRA ÀS DROGAS

## 1.1 EVOLUÇÃO INTERNACIONAL DO PROIBICIONISMO

O uso das drogas encontra registro desde o período mais arcaico da história humana na terra, basta nos remetermos às mais antigas passagens bíblicas que já indicavam a ingestão de vinho.<sup>1</sup> O interesse sobre drogas não é uma novidade, muito pelo contrário, há relatos que os habitantes mais antigos do mundo já faziam uso de substâncias desencadeadoras de alterações físicas ou psíquicas com diferentes finalidades. Cabe, então, salientar que o ser humano possui vasta experiência e conhece os efeitos advindos de muitas substâncias há bastante tempo.

Nota-se que o convívio com as drogas é extremamente antigo e foi evoluindo com o passar do tempo, surgindo, assim, uma gama de substâncias psicoativas produtoras de reações e funções diversificadas. Além do álcool, a maconha e o ópio foram pioneiros no que tange ao uso de drogas.<sup>2</sup> Civilizações antigas como os asiáticos, os índios e os africanos desenvolviam estes produtos utilizando-os muitas vezes como medicamentos ou até mesmo como forma de expressão religiosa, para realização de rituais dessa natureza.<sup>3</sup>

Apesar do antigo relacionamento do ser humano com as drogas, foi apenas a partir do início do século XX que surgiram os primeiros textos legais reprimindo e criminalizando a posse ou a comercialização delas.<sup>4</sup> O período anterior ao século XX ainda não tratava o comércio e o uso de substâncias psicoativas pelas vias normativas, uma vez que não existia legislação quanto ao assunto.

---

<sup>1</sup> KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. pág.6.

<sup>2</sup> LEMOS, Tadeu. **Ações e Efeitos das Drogas de Abuso**. Prevenção ao uso indevido de drogas/Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos. Curitiba: SEED-Pr, 2008. pág.52.

<sup>3</sup> MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. **Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/574-nova-lei-antidrogas-principais-inovacoes-da-lei-no-113432006>>. Acesso em: 6 de julho de 2016.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**.14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.73.

Em 1909, por intermédio da conferência de Xangai, que visava resolver o problema do ópio infiltrado na China, materializou-se a primeira tentativa de repressão e controle das drogas, mas sua vigência ficou prejudicada.<sup>5</sup>

Poucos anos depois, em Haia, mais precisamente em 1912, foi iniciada outra tentativa de ação por meio de uma Convenção Internacional sobre o Ópio, através da Liga das Nações, para viabilizar a criminalização da posse desta ou de qualquer outra substância semelhante. Seus dispositivos, porém, só vigoraram no ano de 1925, com a criação do Acordo de Genebra.<sup>6</sup>

Assim, progressivamente, iniciava-se uma política de controle repressivo internacional em relação às drogas - por intermédio da criminalização das condutas de produção, comércio e consumo - que se perpetuaria em inúmeras legislações nacionais, convenções e conferências espaciais.

Ainda no âmbito internacional, emergiam outras conferências, as quais revogavam e aprimoravam os diplomas anteriores. Foi como surgiu uma nova Conferência, em 1924, na qual se reuniram os membros da Sociedade das Nações, os Estados Unidos da América e a Alemanha. Nesta conferência observou-se uma modificação da definição de substância entorpecente, bem como também se instituiu uma política de controle do comércio internacional de drogas.<sup>7</sup>

As próximas duas Conferências internacionais, de 1931 e 1936, tiveram sede na cidade de Genebra. Ambas possuíam um objetivo em comum que era obrigar os participantes a agirem internamente para controlar a produção e o consumo de drogas, restringindo sua fabricação à seara médica e científica.<sup>8</sup> As conferências mencionadas, influenciadas pelos norte-americanos, marcavam uma mudança no cenário da política de controle sobre as substâncias ilícitas.

O alvoroço mundial, consequência do fim da Segunda Guerra, colaborou de forma intensa para o aumento do consumo das substâncias proibidas, uma vez que o uso se dava irrestritamente durante o período bélico como forma de diminuir as

---

<sup>5</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**.14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.73.

<sup>6</sup> KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. pág.7

<sup>7</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**.14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.74.

<sup>8</sup> Ibid.

fraquezas ou dores dos combatentes e feridos. Tais substâncias, portanto, eram utilizadas para amenizar dores ou até mesmo para otimizar o desempenho nas batalhas.<sup>9</sup>

O fim da Segunda Guerra Mundial, trouxe um aumento substancial no consumo de drogas e conseqüentemente causou grande desordem no âmbito social dos estados nacionais.<sup>10</sup> Por isso, após a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), nova entidade responsável pela busca da paz mundial, emergiram alguns protocolos internacionais a fim de combater o excessivo uso de drogas provocado pela guerra.

Só então, em 1961, por intermédio da ONU, pactuou-se a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes, assinada pelo Brasil, a qual substituiu as convenções anteriores relacionadas ao tema.<sup>11</sup> Os novos comandos trazidos eram bastante semelhantes aos antigos, pois continuavam estabelecendo disposições de controle e fiscalização, como também não permitiam a posse para consumo.

Logo depois, em 1971, fundou-se a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, que seguiu os moldes da Convenção Única – propagando a ideia proibicionista, além de adicionar dispositivos sobre as novas drogas originárias dos movimentos contraculturais da época, as denominadas drogas sintéticas.<sup>12</sup>

O ano de 1971 é extremamente marcante para a história do proibicionismo e suas políticas disseminadas internacionalmente pois, foi neste ano que o então presidente dos Estados Unidos da América, Richard Nixon, declarou a tão famosa “*War of Drugs*” ou “Guerra às Drogas”. A medida extremista tinha como finalidade principal, mais uma vez, o combate armamentista e punitivista contra toda e qualquer ação relacionada às drogas.

Por fim, a Convenção de Viena, da qual o Brasil figura como signatário, firmada em 1988, buscou complementar as antigas convenções, bem como aprimorar e

---

<sup>9</sup> DIEHL, Alessandra; CORDEIRO, Daniel Cruz; LARANJEIRA, Ronaldo. **Dependência Química: Prevenção, Tratamento e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Artmed, 2011. pág.200.

<sup>10</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.74.

<sup>11</sup> Ibid. pág.75

<sup>12</sup> RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e Redução de Danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. pág.27.

expandir seu aparato repressivo contra o tráfico de drogas que se alastrava muito rapidamente pelo mundo. O usuário, como de praxe, foi mantido na esfera criminal, visto que o consumo continuava a ser considerado como uma conduta delitiva.<sup>13</sup>

## 1.2 FRACASSO DA PROPOSTA PROIBICIONISTA

A política proibicionista, como apresentada no item anterior, teve início em meados do século XX e ainda é utilizada no século atual como modelo de combate às drogas. Vimos que a proposta repressiva busca, através de meios coercivos e criminalizadores – principalmente pela restrição à liberdade -, extinguir completamente o comércio, a produção e o consumo de drogas ilícitas, buscando-se a plena abstinência, ou seja, resumidamente, a ação reprimidora tinha como enfoque principal extirpar as drogas no âmbito internacional de forma definitiva. Cabe, então, alguns questionamentos após o experimento repressivo perdurar por décadas e décadas, será que tal modelo mundialmente propagado surtiu os efeitos esperados? Será que a proibição é a melhor maneira de controlar as drogas ilícitas?

As respostas indubitavelmente são negativas. A política de “guerra as drogas” é um fracasso em relação à sua finalidade, pois suas metas de coibir o comércio de drogas e, conseqüentemente, livrar a sociedade do consumo não foram atingidas. Na verdade, ocorreu o contrário, a política pautada na repressão acabou agravando o mercado do tráfico e aumentando o consumo de substâncias ilícitas.<sup>14</sup>

O fracasso já é reconhecido com unanimidade pela mais importante organização mundial, a ONU, a mesma que no passado gerenciava a política proibicionista. Comprova-se por meio de relatórios anualmente publicados, feitos pela entidade, através da UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), que tanto a diminuição na distribuição das substâncias ilícitas quanto a diminuição do seu consumo não foram efetivas.<sup>15</sup>

Os últimos relatórios realizados pela UNODC, indicavam que o uso de drogas no passado recente (a partir do século XXI) cresceu substancialmente e, segundo o

---

<sup>13</sup> RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e Redução de Danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. pág.27.

<sup>14</sup> REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**; Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2011. págs.3-4.

<sup>15</sup> KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. pág.28.

mais recente Relatório Mundial sobre Drogas, no ano de 2013 – recorte temporal do relatório - cerca de 246 milhões de pessoas (5% da população mundial), entre 15 e 64 anos de idade, fizeram uso de drogas ilícitas.<sup>16</sup> Outros dados também mostram o vertiginoso crescimento do consumo mundial das substâncias psicoativas, relatórios anteriores indicam que no período de 1998 a 2008 o uso de opiáceos<sup>17</sup> subiu 34,5%, já o de cocaína 27%, e o de maconha 8,5%.<sup>18</sup> Adentrando mais ao referido relatório, verificar-se-á, que tal como o consumo, a distribuição e a disponibilidade das substâncias analisadas sofreram evidente aumento. Para entender melhor a abrangência dos dados anteriores, cabe exaltar as impressionantes cifras geradas anualmente pelo tráfico de drogas que são estimadas em 320 bilhões de dólares.<sup>19</sup> A própria ONU por meio de estudos e estatísticas reconheceu que a proibição não atingiu os fins desejáveis, vez que nem reduziu o uso muito menos o fornecimento das substâncias ilícitas, fez pior, criou um poderoso e lucrativo negócio ilegal.

O proibicionismo comandado pelos Estados Unidos historicamente possui interesses políticos e econômicos, na medida em que a propagação ocorreu com discurso efusivo contra o usuário, estigmatizando-o de inimigo, criminoso, infrator e, constantemente, relacionando-os à sua condição sócio-racial<sup>20</sup>, traduzindo o cunho discriminatório que este modelo carrega.

O tratamento repressivo atual dado ao usuário de drogas gera, portanto, profunda e desarrazoada estigmatização, bem como seleciona de forma discriminatória os indivíduos mais frágeis na perspectiva social. É como nos ensina Salo de Carvalho:

No campo das drogas, as consequências perversas geradas pela desigual incidência das agências penais são percebidas nas esferas econômicas, educacionais, médicas, jurídicas e, sobretudo, individuais (custos da criminalização). Da promessa de contramotivação, o modelo repressivo às drogas estabeleceu regime de criminalização secundária; ao reprimir o consumo, estigmatizou o usuário; no intuito de eliminar o tráfico ilícito,

<sup>16</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report 2015* (United Nations publication, Sales No. E.15.XI.6). pág. 11.

<sup>17</sup> Os opiáceos são derivados do ópio. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/opiaceoc.htm>>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

<sup>18</sup> UNODC, *World Drug Report 2011* (United Nations Publication, Sales No. E.11.XI.10).

<sup>19</sup> Campanha do UNODC, ONUBR, 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/crime-organizado-transnacional-gera-870-bilhoes-de-dolares-por-ano-alerta-campanha-do-unodc/>>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

<sup>20</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. pág.62.

direcionou seu poder letal contra segmentos sociais e indivíduos vulneráveis.<sup>21</sup>

Na mesma toada, Beatriz Vargas, em sua tese de Doutorado, considerou que o “sistema punitivo alcança exatamente a população excluída (no sentido sócio-econômico) que forma a imensa maioria dos encarcerados e dos mortos nessa ‘guerra’”<sup>22</sup>.

Não obstante a negativa imagem criada pelo atual procedimento ao qual o usuário é submetido, o proibicionismo nos moldes penais torna inevitável a violação direta a princípios e direitos fundamentais amplamente defendidos nos diplomas internacionais. De acordo com Maria Lúcia Karam, “a explícita opção bélica deixa claro o descompromisso com os direitos fundamentais dos indivíduos: guerras e direitos humanos são naturalmente incompatíveis”<sup>23</sup>.

O que se vê, então, é a inexplicável e incoerente necessidade de utilização de meios violentos para solucionar um problema extremamente complexo que necessita de soluções muito mais sofisticadas – evidentemente menos danosas - que respeitem, em primeiro lugar, os direitos essenciais inerentes a qualquer ser humano.

Além da estigmatização e o conseqüente ataque às normas fundamentais, outros componentes negativos expõem o fracasso da política de guerra às drogas; um deles é o encarceramento em massa – tanto de traficantes como de usuários - desencadeado pela proibição e que tem como principal vítima a parcela menos favorecida da sociedade. Como exemplo, Maria Lúcia Karam lembra que “os Estados Unidos da América, com seus mais de dois milhões de presos, têm hoje a maior população carcerária do mundo”<sup>24</sup>.

No Brasil, a história prisional segue os padrões americanos e encarcera de maneira deliberada uma determinada fração da população brasileira –

---

<sup>21</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág.417.

<sup>22</sup> REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**; Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2011. pág.3.

<sup>23</sup> KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico], 2013. pág. 6.

<sup>24</sup> KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. pág.51.

preferencialmente jovens negros e pobres. Nesse diapasão vale trazer à tona o trecho de Katie Arguello e Vitor Dieter:

Segundo dados estatísticos do DEPEN, de dezembro de 2011, temos uma população carcerária de 514.582 pessoas, sendo que a prática dos crimes patrimoniais (240.642) e do tráfico de entorpecentes (125.744) responde pela maior parte da população encarcerada (366.386). O perfil do traficante é, segundo tais estatísticas, o do jovem, afrodescendente e pobre, embora nos últimos anos tenha aumentado significativamente o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas, acrescentando mais um problema social às famílias pobres, cujos filhos ficam órfãos de mãe precocemente.<sup>25</sup>

Vera Malaguti resumiu a questão:

O mercado de drogas ilícitas propiciou por um lado uma concentração de investimentos no sistema penal, uma concentração dos lucros decorrentes do tráfico e, principalmente, propiciou argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos, sejam imigrantes indesejáveis no Hemisfério Norte.<sup>26</sup>

O amplo encarceramento somado às políticas bélicas-proibitivas construídas pelos mecanismos penais financiados pelos respectivos Estados geram, sem necessidade, gastos públicos exorbitantes quando, numa perspectiva ideal, o investimento, ao invés de financiar o combate à falida “guerra às drogas”, deveria destinar-se à saúde para melhorar os tratamentos dos usuários necessitados e obter resultados eficazes.

O fracasso da política repressiva é realidade. Por este motivo, a busca por outras alternativas se torna cada vez mais intensa e ganha força com os positivos resultados oriundos das experiências internacionais dos países que adotaram políticas mais brandas em relação às drogas, como Portugal, Estados Unidos da América e Uruguai. Essa tendência mundial por diferentes caminhos na política de drogas mostra-se positiva e deve ser pensada como uma alternativa mais eficiente.

---

<sup>25</sup> ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. **POLÍTICA CRIMINAL DAS DROGAS: O PROIBICIONISMO E SEU BEM JURÍDICO**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

<sup>26</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **A juventude e a questão criminal no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf>>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

### 1.3 ALTERNATIVAS AO PROIBICIONISMO

O consenso em relação ao fracasso do uso penal como forma de controle das drogas é praticamente indiscutível, os mais variados países ao redor do mundo preocupados com este insucesso buscam e utilizam outras alternativas a fim de trazer uma nova abordagem que, claro, se distancie do âmbito criminal.

Na intenção de incentivar a procura por alternativas mais eficazes foi criada a Comissão Global de Política sobre Drogas capitaneada por respeitáveis líderes mundiais. A comissão, por meio de relatórios, visa desestimular a política de guerra contra as drogas embasando-se no seu evidente fracasso. E vai adiante, por meio de documentos oficiais sugere aos Estados outras alternativas com políticas mais humanas e mais abrangentes. Em suma, a Comissão Global descreve suas propostas da seguinte forma:

A Comissão Global propõe cinco caminhos para aperfeiçoar o regime global de política de drogas. Após posicionar a saúde e a segurança da população no cerne da questão, urge-se que os governos garantam o acesso a medicamentos essenciais e de controle da dor. Os Comissários pedem o fim da criminalização e do encarceramento de usuários, em conjunto com estratégias de prevenção, redução de danos e tratamento direcionadas a usuários dependentes. Para reduzir os danos relacionados às drogas e minar o poder e os lucros do crime organizado, a Comissão recomenda que os governos regulamentem o mercado de drogas e adaptem as estratégias de suas forças da lei para mirar nos grupos criminosos mais violentos e destrutivos, ao invés de punir quem atua nos patamares inferiores do sistema. As propostas da Comissão Global são complementares e abrangentes, e pedem que os governos repensem a questão, façam o que pode e deve ser feito imediatamente e que não ignorem o potencial transformador da regulação responsável.<sup>27</sup>

Sob a ótica do referido relatório, as condutas globais, como dito anteriormente, estão em constante mudança. Dados inseridos nos estudos demonstram a evidente transformação no cenário das drogas, os usuários em boa parte dos países que aboliram a política repressiva, agora não são submetidos ao direito penal, pois, por óbvio, o porte para consumo pessoal não é mais considerado crime. As alternativas utilizadas hoje são basicamente três: política de redução de danos; a descriminalização do usuário e a legalização das drogas.

---

<sup>27</sup> Comissão Global de Política Sobre Drogas. **Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam**, 2014. Disponível em: <[http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP\\_2014\\_taking-control\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

A política de redução de danos será a primeira a ser abordada, pois sua aplicação sugere uma transição da política proibicionista para políticas abrangentes com resultados eficazes. Podemos defini-la, segundo Tarcísio Mattos, como “ações que visam minimizar riscos e danos de natureza biológica, psicossocial e econômica provocados ou secundários ao uso/abuso de drogas sem necessariamente requerer a redução de consumo de tais substâncias”<sup>28</sup>, o autor ainda considerou que as ações são orientadas pelo “pragmatismo, a tolerância e a diversidade”<sup>29</sup>.

Essa medida é a escolha de muitos países europeus como Suíça, Alemanha, Dinamarca e Holanda, dado que seus resultados são extremamente significantes e satisfatórios no âmbito da saúde pública. Basicamente, o procedimento utilizado ocorre através de “programas de troca de agulhas e seringas, terapias de substituição com opioides, tratamentos assistidos com heroína e locais para consumo de drogas supervisionado”<sup>30</sup>.

A legislação brasileira prevê como forma de política alternativa a redução de danos, porém sua eficácia paira numa linha tênue em razão da difícil compatibilidade com o modelo de repressão ainda enraizado no ordenamento jurídico pátrio e na mentalidade dominante no campo da segurança pública.<sup>31</sup> Cabe, então, trazer o entendimento do autor Maurides de Mello:

Embora a redução de danos, em algumas formas de intervenção, possa ser adotada ainda que no marco de uma política proibicionista, ela se distingue, sobremaneira, das ações de cunho proibicionista-punitivo, que visam, em última análise, a imposição pela via penal de um comportamento único, a abstinência.<sup>32</sup>

O funcionamento ideal da medida redutora depende diretamente de outras medidas liberais como, por exemplo, a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.

---

<sup>28</sup> ANDRADE, Tarcísio Mattos de. **Redução de danos: um novo paradigma?**. Disponível em: <[http://www.twiki.ufba.br/twiki/pub/CetadObserva/ReducaoRiscosDanos/Redu%E7%E3o\\_de\\_\\_danos-\\_um\\_novo\\_paradigma.pdf](http://www.twiki.ufba.br/twiki/pub/CetadObserva/ReducaoRiscosDanos/Redu%E7%E3o_de__danos-_um_novo_paradigma.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Comissão Global de Política Sobre Drogas. **Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam**, 2014. Disponível em: <[http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP\\_2014\\_taking-control\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

<sup>31</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág.259.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e Redução de Danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. pág.69.

Preliminarmente, é necessário registrar o conceito de descriminalização: é a abolição do caráter criminoso de uma conduta anteriormente categorizada como crime<sup>33</sup>, ou seja, na perspectiva do usuário a descriminalização significaria uma abolição das penas em relação a posse para consumo pessoal.

Conforme o relatório da Comissão Global, essa importante ferramenta do antiproibicionismo – a descriminalização – é realidade em muitos países, a exemplo de Portugal que em 2001 aboliu as penas criminais do porte para uso pessoal de todas as drogas.<sup>34</sup> E não há necessidade de irmos tão longe, na própria América Latina, em países com culturas mais próximas ao Brasil, como Uruguai, Argentina, Colômbia, Peru, México e Costa Rica também não se pune o consumo pessoal de substâncias psicoativas.

Em Portugal, por exemplo, o indivíduo que é pego portando pequena quantidade de droga - seja ela qual for – é levado para uma comissão específica sobre drogas onde os usuários são orientados sobre os males das substâncias e são recomendados a procurarem tratamento, em alguns casos é prevista multa administrativa. Mesmo assim, ainda que o usuário seja submetido a tal procedimento, nenhuma sanção penal é imputada a ele.

A mencionada experiência portuguesa que já alcança 15 (quinze) anos merece destaque pois foi extremamente satisfatória e hoje este modelo é referência de política descriminalizadora. Problemas com violência decorrentes do tráfico de drogas tiveram substancial queda, e no que diz respeito ao tratamento com usuário, vale frisar uma vez mais, o modelo serve de parâmetro para países que desejam alternativas antagônicas à repressão.<sup>35</sup>

Dessa forma, considera-se que a descriminalização é prioridade urgente, devendo ser instituída a curto prazo nas nações adeptas ao modelo repressivo como

---

<sup>33</sup> CERVININI, Raul. **Los Procesos de Descriminalización**. 2. ed. Montevideu: Universidad, 1993. pág.33.

<sup>34</sup> Comissão Global de Política Sobre Drogas. **Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam**, 2014. Disponível em: <[http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP\\_2014\\_taking-control\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

<sup>35</sup> ALEEM, Zeeshan. **14 Years After Decriminalizing All Drugs, Here's What Portugal Looks Like**. Disponível em: <<https://mic.com/articles/110344/14-years-after-portugal-decriminalized-all-drugs-here-s-what-s-happening#.FIPq5dGJn>>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

forma de se dar o primeiro passo para políticas abrangentes que respeitem rigorosamente as premissas fundamentais.

Progressivamente, passamos para análise da última, não por acaso, proposta antiproibicionista - a legalização - que tem sua avaliação tardia devido ao seu liberalismo extremo. A fim de melhor entender a ideia liberalista e, por consequência, compreender toda essa abrangência que a circunda, é indispensável trazer sua lógica: a proposta permissiva parte da lógica inversa ao proibicionismo, no intuito de retirar o comércio e a produção das drogas da ilegalidade, a legalização formaria um mercado legal de controle no qual cada país adequaria às suas peculiaridades. A proposta ora analisada, assim como a descriminalização, também é utilizada em países ao redor do mundo, nos EUA e na Holanda, por exemplo, a maconha possui mercados legais. O Uruguai, em ato recente, foi o primeiro Estado-nação que aprovou um mercado legal e regulamentado para a *cannabis* não medicinal.<sup>36</sup>

A autora Maria Lúcia Karam é fiel à proposta da legalização, defende em suas mais diversas obras que esta seria a melhor solução no que tange ao controle das substâncias ilícitas, vejamos:

É preciso legalizar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas para assim pôr fim à violência e à corrupção provocadas pela proibição; para assim afastar medidas repressivas violadoras de direitos fundamentais; para assim verdadeiramente proteger a saúde.<sup>37</sup>

Ainda no mesmo sentido esclarece:

Legalizar não significa permissividade ou liberação geral, como insinuem os enganosos discursos dos partidários da fracassada e danosa proibição. Ao contrário. Legalizar significa exatamente regular e controlar, o que hoje não acontece, pois um mercado ilegal é necessariamente desregulado e descontrolado. Legalizar significa devolver ao Estado o poder de regular, limitar, controlar e fiscalizar a produção, o comércio e o consumo dessas

---

<sup>36</sup> Comissão Global de Política Sobre Drogas. **Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam**, 2014. Disponível em: <[http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP\\_2014\\_taking-control\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

<sup>37</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização**. Disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57\\_SEMIN%C3%81RIO%20LEAP-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57_SEMIN%C3%81RIO%20LEAP-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

substâncias, da mesma forma que o faz em relação às drogas já lícitas, como o álcool e o tabaco.<sup>38</sup>

Na intenção de contribuir para o debate é válido evidenciar um recentíssimo estudo divulgado em 2016 pela Consultoria Legislativa da Câmara que foi noticiado por respeitadas revistas nacionais sobre um possível arrecadamento tributário caso a maconha fosse legalizada no Brasil. Os resultados finais foram impressionantes, baseado em uma pesquisa de consumo da substância feita em 2005, o trabalho da Câmara estimou que os impostos renderiam ao País a quantia de R\$ 5 bilhões.<sup>39</sup> Evidente que a legalização não é uma medida simples, sua aplicação mundial – caso venha a acontecer – deve ocorrer de maneira gradativa e a longo prazo respeitando o tempo de cada país, bem como suas particularidades.

As alternativas apresentadas são, sem dúvidas, incompatíveis com a persistente política repressiva que ainda se faz presente nas mais variadas nações. Ademais, é absolutamente visível o quão obsoleto é criminalizar o usuário, visto que ultimamente as ações internacionais tendem a refutar tal conduta incentivando a mudança deste cenário com base nas positivas experiências já existentes. A descriminalização, como demonstrado antes, deve ser considerada medida imediata, não é aceitável que com tanta informação e experimentos positivos ainda seja considerado crime o porte de drogas para consumo pessoal – a proibição não é eficiente, viola direitos fundamentais e carrega inúmeros aspectos negativos, a mudança é uma realidade necessária.

---

<sup>38</sup> KARAM, Maria Lucia. **Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização**. Disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57\\_SEMIN%C3%81RIO%20LEAP-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57_SEMIN%C3%81RIO%20LEAP-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

<sup>39</sup> CALEIRO, João Pedro. **Legalizar maconha poderia render até R\$ 6 bi em impostos**. Revista Exame.com, São Paulo, 09 de junho de 2016. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/legalizar-maconha-poderia-render-ate-r-6-bi-em-impostos>>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

## 2. PANORAMA NO BRASIL

### 2.1 EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES DE DROGAS NO BRASIL

As primeiras normas que contemplaram o tema das drogas no âmbito nacional foram as Ordenações de Filipinas, em seu Título LXXXIX, consumadas no período colonial de Portugal ao qual o Brasil era submetido. O ordenamento trazia o seguinte dispositivo:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for *Boticario* examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar e seja degredado para Africa até nossa mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fóra, e as vender as pessoas, que não forem Boticarios.

E os *Boticarios* as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiais conhecidos per elles, e taes, de que se presume que as não darão á outras pessoas.

E os ditos Officiais as não darão e nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

E os *Boticarios* poderão metter em suas mesinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escriptores fôr mandado.

E fazendo contrario, vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiais conhecidos, pela primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir.

E pola segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem.<sup>40</sup>

Percebe-se pela redação feita a época que o legislador procurou restringir o porte das drogas para fins exclusivamente medicinais, já que, naquele período, os

---

<sup>40</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980. pág.78.

farmacêuticos eram chamados de “Boticarios” e, pelo dispositivo, tinham direito de possuir as substâncias desde que legalmente autorizadas.

O Código Penal do Império de 1830 que surgiu depois não tratou da matéria, mas, passados alguns anos, o Regulamento de 1851 trouxe normas relacionadas a venda de substâncias medicinais e medicamentos.<sup>41</sup>

Posteriormente veio a criação do Código Penal de 1890 que disciplinou sobre as drogas em seu artigo 159, no Capítulo III, na parte especial do Título III, inserindo-o como crime contra a saúde pública, mantendo o privilégio do porte para fins medicinais concedido aos médicos e penalizando os infratores com multa. Assim dispunha o referido artigo: “Art. 159. Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.”<sup>42</sup>.

A entrada no século XX trazia consigo o começo da caminhada proibicionista transnacional que respondia, por derradeiro, o alto índice de consumo constatado neste período. A resposta se materializava através da criação de convenções internacionais que incentivavam os países a formularem normas regulamentando o uso e a venda de drogas.<sup>43</sup>

Atendendo as exigências repressivas da época, no ano de 1932, foi criada a Consolidação das Leis Penais que alterou o caput do artigo 159 do Código Penal anterior, trazendo algumas inovações para tornar o dispositivo mais completo e eficiente no combate às drogas ilícitas, vejamos:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão cellualar por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

§ 1º. Quem for encontrado tendo comsigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia tóxica, de natureza analgésica ou entorpecente, seus saes, congêneres, compostos e 8 derivados, inclusive especialidades

---

<sup>41</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.84.

<sup>42</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980. pág.286.

<sup>43</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág.61.

farmacêuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica, em dose superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer, para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias: Penas – de prisão cellular por três a nove mezes e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.<sup>44</sup>

Em rápida análise à norma supracitada vemos que legislador além de incluir novos núcleos verbais incriminadores e pena carcerária aos infratores, também substitui o termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes.

O Código Penal de 1940 foi editado durante a Era Vargas e expôs o tema das drogas em seu artigo 281. O novo ordenamento lidava de forma mais severa com as condutas criminalizadas, sendo atualizado/alterado por três vezes: primeiro pela Lei nº 4.451 de 1964 que incluiu em seu *caput* a ação de plantar; segundo pelo advento do Decreto-Lei nº 385/68 que previu nova redação ao artigo 281 e incluiu o parágrafo 1º, inciso III, o qual, pela primeira vez no ordenamento pátrio, criminalizava a posse de drogas para consumo pessoal; e terceiro pela Lei nº 5.726 de 1971 que, sob influência internacional, introduziu nova redação ao artigo para intensificar a luta contra os tóxicos. Neste momento, via-se preocupações no sentido de conscientizar a população por meio de programas educativos sobre a importância do combate repressivo.<sup>45</sup>

Em 1976 foi criada a Lei nº 6.368 que substituiu inteiramente a Lei nº 5.726/71, salvo em seu artigo 22, que tratava do procedimento de expulsão do estrangeiro que cometesse crime de tráfico. Uma vez mais, o novo diploma legal tinha como foco a conscientização do combate às substâncias ilícitas. Vale ressaltar que a referida lei vigorou em seu aspecto penal até a promulgação da atual Lei nº 11.343 de 2006.<sup>46</sup>

Passadas algumas décadas, há o surgimento da Lei nº 10.409 de 2002 que pretendia substituir integralmente a Lei nº 6.368/76, o que não ocorreu devido ao

---

<sup>44</sup> GONÇALVES, Antonio Vicente. **Panorama Histórico da Lei de Drogas**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN, 2015. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3971/3733>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

<sup>45</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. págs.85-87.

<sup>46</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.90-93.

péssimo texto nela inserido. Em razão da má qualidade da redação, a legislação inovadora sofreu inúmeros vetos e teve sua aplicação parcialmente prejudicada.

Dada a enorme confusão legislativa criada pela nova norma, o tema das drogas passou a ter como aplicabilidade ambas as leis – Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02: a primeira indicava os tipos penais; a segunda dispunha das normas e procedimentos processuais aplicáveis.<sup>47</sup> Este embaraço só foi solucionado quando da entrada em vigor da atual Lei nº 11.343/06.

## 2.2 O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

A Lei nº 11.343 de 2006 trouxe algumas inovações em relação à lei anterior<sup>48</sup> que merecem destaque, pois, como toda mudança, carrega aspectos positivos e negativos que serão observados oportunamente. Vale ressaltar que o enfoque deste tópico – assim como foi no decorrer do trabalho – será nas disposições relativas principalmente ao usuário para que, assim, possamos apresentar com clareza o tratamento ao qual é submetido.

A Lei Antidrogas por meio do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) prevê no seu Título III a política de prevenção e redução de danos, de forma que o legislador pautou como uma das prioridades a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes.<sup>49</sup> É de se considerar que a política escolhida pelo ordenamento de drogas apesar de demonstrar preocupação com os consumidores/dependentes ainda causa desconfiança e, definitivamente, flerta com a ineficiência, pois, diferentemente dos exemplos europeus, a política preventiva pátria insiste no tratamento baseado na abstinência que, em alguns casos, torna-se impositivo. Esta imposição frequentemente acaba agravando a situação, é como Mendonça nos ensina:

O resultado dessa estratégia de combate, no entanto, por vezes traz mais danos à saúde do dependente e à sociedade do que a própria utilização da droga. Veja que, no exemplo, o que acontece em regra não é a abstinência do uso. Ao contrário, o dependente passa a buscar todos os meios possíveis para obter e usar a droga, ainda que ilícitos. Assim, quem se sentir premido

---

<sup>47</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.96.

<sup>48</sup> BRASIL. LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

<sup>49</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. pág. 33.

pela necessidade de consumo poderá vir a cometer outros crimes para obter drogas, ampliando a margem de atuação do crime organizado, responsável pela oferta do produto. Além disso, poderá também utilizar-se de vias não ortodoxas de utilização das drogas, causando ainda mais danos a sua saúde.<sup>50</sup>

É significativo considerar que sob influência da política bélica-repressiva a vigente Lei Antidrogas ainda coloca o usuário e o dependente no âmbito punitivo, pois prevê pena restritiva de direito e advertência para aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer drogas para consumo pessoal. Essa ação criminalizadora contribui para o fracasso da política de redução de danos prevista na legislação, porque, além de partir da enganosa premissa que todos os usuários são dependentes e, por isso, devem ser tratados como doentes, estigmatiza e afasta os que realmente necessitam de tratamento.

O ordenamento jurídico brasileiro já vinha situando nas legislações passadas o consumo de substâncias ilícitas como algoz da saúde pública, ou seja, o bem jurídico tutelado em razão do consumo ilegal é justamente a saúde coletiva, de modo que a conduta é criminalizada com o subterfúgio de protegê-la. Esta proteção legislativa causa enorme discussão doutrinária, principalmente pela expressão “consumo pessoal” inserida no *caput* do artigo 28.

Há duas correntes que discutem o bem jurídico tutelado no dispositivo; a primeira defende de forma contundente que a saúde pública é a principal afetada por aqueles que incorrem na prática da conduta definida nesse tipo penal; a segunda corrente entende que o dispositivo restringe a conduta exclusivamente ao âmbito pessoal.<sup>51</sup> Na obra “Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais” os autores Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila defendem a primeira corrente:

Na posse de droga para consumo pessoal, o bem jurídico é a saúde pública, porque não se poderia jamais criminalizar pura e simplesmente a autolesão da pessoa ou o risco de autolesão. Portanto, há uma presunção abstrata de perigo para terceiros.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. pág.41.

<sup>51</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento AntiTerror**. Florianópolis: Habitus, 2005. pág.217.

<sup>52</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pág.45.

Também defendem a primeira corrente os autores Renato Marcão<sup>53</sup> e Damásio de Jesus, este último em sua obra “Lei Antidrogas Anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006”, definiu que:

Do ponto de vista material, a subsistência do caráter criminoso da conduta se justifica pela lesão ao bem jurídico tutelado na norma, qual seja, a saúde pública. A Lei não pune, com efeito, o consumo da droga (se o fizesse, violaria o princípio da alteridade e o tipo seria inconstitucional); incrimina-se, tão somente, o ato de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo (para consumo pessoal) drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nessas situações, o comportamento do agente vulnera o bem tutelado na norma incriminadora.<sup>54</sup>

Por outro lado, autores como Salo de Carvalho adotam corrente inversa, em seu livro “A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06” assim abordou:

O sustentáculo da programação punitiva ocorre em dois pontos relevantes: (a) ser o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 de perigo abstrato e (b) ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. O discurso da periculosidade presumida do ato (expansividade) e do escopo da lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista.<sup>55</sup>

Aderindo à ideia de que no crime de posse de drogas para consumo pessoal a saúde pública não é o bem jurídico tutelado, a juíza aposentada Maria Lúcia Karam explica que:

A simples posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pág.54.

<sup>54</sup> JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas - Anotada - Comentários À Lei n. 11.343/2006**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pág.54.

<sup>55</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. págs.369-370.

<sup>56</sup> KARAM, Maria Lucía. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Texto para curso de extensão promovido pelo Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. pág. 25.

O texto do artigo 28, no meu entender, é bastante claro quando delimita a conduta “para consumo pessoal”, o que demonstra, como se extrai do entendimento dos eminentes autores, o exclusivo dano – se é que podemos considerar assim – ao âmbito privado do agente, o qual coloca em risco apenas e tão somente a sua saúde de forma individualizada, não havendo, portanto, efetiva ofensa à saúde pública.

Uma das importantes – se não a mais - inovações trazidas pela Lei nº 11.343/06 em relação à antiga é a chamada despenalização, ou seja, o legislador resolveu por bem retirar as penas privativas de liberdade dos usuários de drogas. Houve, apesar de tardia, a retirada das penas privativas de liberdade para evitar de qualquer forma o encarceramento daquele que faz uso de substâncias ilícitas. Como forma de esclarecer tal mudança e, por consequência, analisar outras, é crucial invocar tais dispositivos, o artigo 16 da Lei nº 6368/76:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.<sup>57</sup>

E o artigo 28 (reduzido) da Lei Antidrogas que revogou o anterior:

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 psíquica.

---

<sup>57</sup> BRASIL. LEI Nº 6368 DE 21 DE OUTUBRO DE 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.<sup>58</sup>

No *caput* das normas encontramos por parte da nova legislação um aumento dos núcleos incriminadores, pois antes as ações de “adquirir, guardar ou trazer consigo” guiavam a interpretação do artigo e, atualmente, as ações abrangem todo aquele que “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo” drogas para consumo pessoal. Ainda no *caput* do artigo atual, é perceptível que o nome dado às substâncias ilícitas sofreu mutação, tendo em vista que na lei anterior a nomenclatura foi dada como “substância entorpecente” e na norma inovadora como “droga”, porém, apesar da mudança nominal, na prática nada mudou.

Em algumas das importantes modificações estipuladas pelo novo dispositivo, observa-se a já mencionada abolição da pena privativa de liberdade. Na norma antiga era prevista detenção de seis meses a dois anos e, no atual dispositivo, as penas em relação aos usuários passam a ser apenas restritivas de direito, bem como de advertência, são elas: “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Mesmo com a impossibilidade de prisão do usuário de drogas, este ainda é atingido pela promessa de castigo penal e ainda é considerado criminoso, o que mudou foi o modo de punir.<sup>59</sup> A intenção do legislador é absolutamente clara em manter a conduta de possuir drogas para consumo pessoal como crime, tanto é que o artigo 28 está inserido no título III, capítulo III, intitulado “Dos crimes e Das penas”.<sup>60</sup> Assim, logo após a validade da Lei nº 11.343/06 uma questão de ordem no Supremo

---

<sup>58</sup> BRASIL. LEI Nº 11.343, DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

<sup>59</sup> COSTA, Marcos Matheus Dantas. **O tratamento jurídico dispensado aos usuários de drogas pela atual sistemática penal (o uso continua sendo crime)**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-tratamento-juridico-dispensado-aos-usuarios-de-drogas-pela-atual-sistemica-penal-o-uso-continua-sendo-crim,28890.html>>. Acesso em: 1 de julho de 2016.

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. **Notas breves sobre a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006)**. Complexo jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/notas-breves-sobre-nova-lei-de-drogas-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 1º de julho de 2016.

Tribunal Federal de relatoria do então ministro Sepúlveda Pertence entendeu que o porte de drogas para consumo pessoal ainda é considerado crime:

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - 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 a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - 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). 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 prejudicado.<sup>61</sup>

Em observância ao parágrafo 1º do artigo vigente, podemos ver a abrangência buscada pelo legislador, vez que, impôs as mesmas penas àquele que para consumo pessoal “semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”. Punindo, dessa forma, o usuário que busca outros meios que não o tráfico para ter acesso às suas drogas.

No segundo parágrafo do novo texto aponta-se outra preocupação trazida pelo legislador, o qual a fim de identificar se a droga é realmente destinada para consumo pessoal, estipulou alguns critérios além da quantidade a serem levados em conta pelo juiz no momento de sua apreciação, são eles: a natureza e a quantidade da substância apreendida; o local e as condições em que se desenvolveu a ação; as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. Ocorre que a

---

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgado em: 13/02/2007, DJe-004 Divulgado em: 26-04-2007. Publicado em: 27-04-2007.

prática destes critérios acaba por traduzir a real discriminação vivida pelos usuários de classes e condições sociais mais precárias, os quais, muitas vezes, mesmo quando abordados com pequenas quantidades, respondem por crime de tráfico em razão de suas características socioeconômicas<sup>62</sup>, traduzindo, assim, a seletividade penal criada pela norma. Para ilustrar a dificuldade de julgar os critérios do dispositivo no sistema penal brasileiro e mostrar a seletividade deste, vale trazer à baila o trecho de Nara Borgo:

Neste sentido, se uma pessoa da classe média (circunstâncias sociais), num bairro também de classe média (local), for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e portanto não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente.<sup>63</sup>

Os critérios pouco esclarecedores e mal estipulados pela Lei nº 11.343/06 acabam, por derradeiro, gerando grave confusão no momento da caracterização entre o art. 28 (consumo pessoal) e o art. 33 (tráfico de drogas). A Lei Antidrogas tomada pela dificuldade de distinção das condutas citadas acaba confiando nas mãos dos agentes policiais responsáveis pelas abordagens o importante papel indiciador. Em outras palavras, fica a cargo da autoridade policial por meio de seu conteúdo probatório demonstrar ao juiz se o indivíduo praticou crime de posse para consumo pessoal ou crime de tráfico. Os comentários de Vicente Greco Filho são pertinentes neste momento:

O problema, porém, é que a necessidade de classificação da conduta, como enquadrável no art. 28 ou no art. 33, coloca-se não apenas no momento da sentença, mas desde o flagrante ou atuação policial, porque o delito do art. 28, não prevendo pena privativa de liberdade e estando no regime da Lei n. 9.099, não admite o flagrante, diferente do que ocorre com o art. 33. Neste caso, caberá à autoridade que proceder a detenção justificar a decisão sobre determinada classificação legal do fato.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> EDITORIAL - **Consagração da cultura punitiva**. In Boletim IBCCRIM. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4304-EDITORIAL-Consagracao-da-cultura-punitiva](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4304-EDITORIAL-Consagracao-da-cultura-punitiva)>. Acesso em: 1 de julho de 2016.

<sup>63</sup> MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.borgomachado.com.br/index.php?p=publicacao&codigo=16894>>. Acesso em: 3 de julho de 2016.

<sup>64</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pág.49.

É absurdo deixar a cargo da polícia uma decisão tão relevante quanto essa, visto que por meio de seu julgamento que raramente é contestado em juízo alguém pode ser punido com penas brandas – quando caracterizado o consumo – ou pode ser punido com pena de reclusão de cinco a quinze anos – quando caracterizado o tráfico.<sup>65</sup>

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

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.<sup>66</sup>

Verifica-se, novamente, a amplitude da norma no que se refere ao uso de substâncias ilícitas quando esta proíbe o consumo compartilhado. Visível é o fato de que o compartilhamento com pessoas próximas, sem finalidade de lucro, em nada se relaciona com o tráfico, mas, na verdade, gera uma forma desnecessária de encarceramento do usuário de drogas.

A Lei nº 11.343/06 procurou trazer um tratamento adequado para os usuários/dependentes de drogas, tanto que previu uma política de redução de danos, porém, como repetidamente reforçado, vimos que a legislação ainda é dotada de falhas e problemas graves de distinção quanto à finalidade da droga, ao passo que estas incongruências refletem no consumidor que não raramente é injustiçado, e acaba sendo impedido de buscar tratamentos eficazes. Além de não descriminalizar a conduta de posse para consumo pessoal e considerar a saúde pública como bem jurídico tutelado, a repressão das substâncias ilícitas sob a égide da legislação vigente enxerga o consumidor como criminoso/inimigo, fazendo com que este sofra todas as consequências negativas carregadas pela política proibicionista, além de criar um

---

<sup>65</sup> WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. págs.71-72.

<sup>66</sup> BRASIL. LEI Nº 11.343, DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

mecanismo estigmatizador e violador de princípios e direitos fundamentais garantidos pelas constituições democráticas e pelas mais diversas declarações internacionais de direito.

### **3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

#### **3.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP**

A discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 chegou ao Supremo Tribunal Federal pelo Recurso Extraordinário 635.659/SP, com repercussão geral, interposto pela Defensoria Pública de São Paulo.

O caso concreto ocorreu na cidade de Diadema-SP, onde o presidiário Francisco Benedito de Souza foi surpreendido nas dependências do Centro de Detenção Provisória da cidade paulista com três gramas de maconha em sua marmita. Por esta razão, foi condenado pela prática do crime de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei Antidrogas.

Foi, então, que o recorrente interpôs o Recurso Extraordinário ao STF, sustentando que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que prescreve: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>67</sup>.

Em sentido contrário, o Ministério Público, figurando como recorrido, sustentou que o bem tutelado pelo dispositivo em questão é a saúde pública, visto que a conduta daquele que traz consigo droga para consumo pessoal contribui, por si só, para a proliferação do vício no âmbito social.

O julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP no Supremo Tribunal Federal teve início em agosto de 2015, na oportunidade votou o ministro-relator Gilmar Mendes e, posteriormente, no mês de setembro do mesmo ano, votaram os ministros Edson Fachin e Roberto Barroso – ressalta-se que os três votos proferidos decidiram pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. O processo, porém, encontra-se suspenso em virtude do pedido de vista feito pelo ministro Teori Zavascki.

---

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

### 3.2 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 À LUZ DOS VOTOS PROFERIDOS NO RE 635.659/SP

A partir dos votos proferidos pelos três ministros – Gilmar Mendes (relator); Edson Fachin e Roberto Barroso - que já se pronunciaram em plenário, será analisada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Entretanto, em razão da complexidade e profundidade do tema algumas considerações doutrinárias pertinentes serão oportunamente trabalhadas no presente tópico.

Preliminarmente, é válido esclarecer que a inconstitucionalidade de lei ou artigo ocorre quando seu conteúdo afronta princípios e direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e pelas convenções internacionais. Segundo Paulo Bonavides, esta violação é considerada uma das mais graves:

A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.<sup>68</sup>

A maior parte da doutrina entende o dispositivo como constitucional sob o fundamento de que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, porém, como já analisado no capítulo anterior, a conduta de porte de drogas para consumo pessoal restringe puramente ao âmbito privado do usuário. A aceitação de que o artigo 28 tem como bem jurídico apenas a saúde do consumidor é crucial para avançarmos na defesa da inconstitucionalidade. Sabendo desta necessidade, e em conformidade com a doutrina minoritária, o entendimento dos ministros foi nesse sentido, Gilmar Mendes considerou que:

Afigura-se claro, até aqui, que tanto o conceito de saúde pública, como, pelas mesmas razões, a noção de segurança pública, apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal.<sup>69</sup>

Esclarecida tal controvérsia, partimos para análise de fato dos fundamentos que embasam a inconstitucionalidade do artigo 28. A primeira questão encontra-se na

---

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pág.435.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Gilmar Mendes.

própria redação do dispositivo que delimita a conduta “para consumo pessoal”, dessa forma, examinando com cautela, podemos observar que a norma está punindo a autolesão, o que é vedado pelo Direito Penal.<sup>70</sup> Como a autolesão não é punida pelo ordenamento jurídico pátrio e, partindo da premissa que o bem jurídico afetado é a saúde individual, podemos afirmar que o princípio da ofensividade ou lesividade foi violado pelo dispositivo ora questionado, uma vez que a criminalização pelas vias penais só se justifica quando houver concreta lesão a bens jurídicos de terceiros. O Ministro Barroso definiu a questão de forma bastante objetiva:

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio.<sup>71</sup>

O preceito do artigo 28 agride ainda o princípio da dignidade humana, o qual possui posição privilegiada na Carta Magna por ser considerado basilar e norteador de toda e qualquer interpretação da ordem jurídica.<sup>72</sup> A tutela penal, portanto, é limitada como mecanismo de controle social, pois sua atuação deve respeitar o espaço de autodeterminação dos indivíduos, sendo autorizada a agir somente quando se verifica que a conduta tutelada viola a dignidade de outrem. O ministro Edson Fachin em seu voto explicou sobre a matéria, vejamos:

O processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária - ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal v. 2 – Parte Especial, arts. 121 a 212**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pág.165.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

<sup>72</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. pág.33.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em:

Os alvos da norma violadora de direitos fundamentais vão mais além e atacam, por consequência, o princípio da igualdade que também encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil. Salo de Carvalho explica que a “ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias”<sup>74</sup>, mesmo sabendo que ambas possuem a capacidade de causar dependência física ou psíquica.

A distinção feita entre as substâncias ilícitas e lícitas é totalmente arbitrária, pois, sem razão de ser, estigmatiza de criminosos os usuários daquelas e respalda legalmente os consumidores destas ainda que não haja fatores desiguais para justificar tal diferenciação.<sup>75</sup> A arbitrariedade é amparada pela legislação de drogas pois, sem nenhum juízo de valor que justifique, a norma seleciona para o campo criminal esta ou aquela droga sendo, portanto, inadmissível tal situação em um Estado Democrático de Direito.

A fracassada política de combate às drogas é a principal influenciadora das atuais ações proibitivas presentes na Lei nº 11.343/06, como se já não bastassem todas as violações pormenorizadas anteriormente, a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afronta diretamente o direito à intimidade e à vida privada respaldados justamente no inciso X, art. 5º, da Constituição Federal – o qual fundamenta a alegação de inconstitucionalidade.

O texto constitucional estabeleceu premissas essenciais e inerentes a qualquer ser humano a fim de garantir uma necessária separação entre o direito e a moral, impondo, com isso, freios à norma penal criminalizadora.<sup>76</sup> O Direito Penal não tem legitimidade de intervir nas opções pessoais, bem como não pode impor padrões de comportamentos morais que intensificam o desrespeito à diversidade e ao pluralismo. É indiscutível que a criminalização da posse de drogas para consumo próprio demonstra uma tendência moralizadora/padronizadora das vias penais que não se

---

<<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Edson Fachin.

<sup>74</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág.373.

<sup>75</sup> KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. pág.19.

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. pág.16.

coaduna com os direitos e garantias individuais. Em razão destas garantias constitucionais do direito à intimidade e à vida privada os indivíduos possuem plena liberdade sobre seus atos e escolhas pessoais, desde que não invadam ou prejudiquem bens jurídicos alheios.<sup>77</sup> O consumo de drogas, portanto, deve ser visto sob a ótica da soberania individual, sendo garantido a cada cidadão o livre arbítrio para fazer suas escolhas ainda que não aceitas pela sociedade como um todo e mesmo que sua conduta traga malefícios para si.

O álcool e o cigarro, por exemplo, são drogas lícitas que causam dependência e, indubitavelmente, fazem mal à saúde de seus consumidores, como também geram riscos sociais muitas vezes maiores do que algumas drogas ilícitas, mas nem por isso foram criminalizados. Ora, se o indivíduo pode, dentro da sua liberdade assegurada pela Carta Magna, escolher usar o álcool ou o tabaco, não parece justo criminalizar aquele que tem preferência por outras drogas de natureza semelhante, até porque, como bem orienta o direito à vida privada e à intimidade, a escolha por esta ou aquela droga não diz respeito ao Estado.

Sobre os direitos constitucionais previstos no inciso X do artigo 5º é crucial expor as palavras dos julgadores da Corte Suprema em seus respectivos votos. O ministro Gilmar Mendes assim considerou:

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.<sup>78</sup>

Enquanto o ministro Fachin assim entendeu:

Já neste ponto é possível antever que a incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que,

---

<sup>77</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág.374.

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Gilmar Mendes.

não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.<sup>79</sup>

Por último, o ministro Barroso sustenta que:

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.<sup>80</sup>

Interessante salientar que a descriminalização da posse de drogas pela via da inconstitucionalidade sob o fundamento de que a criminalização afronta princípios constitucionais não é uma discussão exclusiva do Brasil. A título de exemplo, na América Latina, países como Colômbia e Argentina declararam por meio de suas Cortes Supremas a inconstitucionalidade da conduta, por ofensa principalmente ao direito à vida privada e à intimidade e, também, ao princípio da ofensividade.

A tendência mundial da política de drogas vem mudando radicalmente na medida em que os mais diversos Estados democráticos espalhados pelo mundo passam a assumir políticas mais brandas, tomando sempre como ponto de partida a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. É como bem lembra o ministro Barroso em seu voto:

Quase todo o mundo democrático e desenvolvido está abrandando a sua política em relação às drogas. Nos Estados Unidos, que lideraram a Guerra às Drogas, 27 dos 50 Estados já descriminalizaram o porte da maconha para uso recreativo ou medicinal, sendo que quatro deles (Oregon, Washington, Alaska e Colorado) legalizaram a comercialização.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Edson Fachin.

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, citou alguns casos europeus:

Em todo o mundo, discute-se qual o modelo adequado para uma política de drogas eficiente. A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal.<sup>82</sup>

No plano interno, alguns juízes já adotam o entendimento de que o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é inconstitucional pelos mesmos motivos dos países latinos citados. Em uma importante decisão dada pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça Criminal, por intermédio da Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000 de relatoria do juiz José Henrique Rodrigues, entendeu-se pela inconstitucionalidade:

EMENTA: 1 – A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2 – O art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil (TJSP, ACrim 01113563.3/0-0000-000, Foro Distrital de São Sebastião da Gramma, 6a Câm. “C” do 3o Grupo da Seção Criminal, Rel. José Henrique Rodrigues Torres, j. 31-3-2008, v. u., voto n. 52).<sup>83</sup>

Por último, mas não menos importante, urge explicitar a violação ao princípio da proporcionalidade causado pela criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. A afronta é observada no momento em que a Lei Antidrogas em seu artigo 28, parágrafo 2º, estipula critérios pouco elucidativos que determinam a distinção das ações de consumo e de tráfico de drogas. A subjetividade característica desta diferenciação é exatamente o ponto violador da proporcionalidade, pois a prática de tais critérios é nitidamente ineficaz, vez que, como visto no capítulo anterior, torna-se um mecanismo de punição discriminatório e seletivo que tem como alvo principal a

---

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Gilmar Mendes.

<sup>83</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág.344.

parcela menos favorecida da sociedade. Em outros termos, é inaceitável conceder à autoridade policial o poder de decisão de quem será julgado como traficante e quem será julgado como usuário, porém, isto só ocorre por causa da falta de critérios objetivos da norma em questão.

A violação ao princípio da proporcionalidade percebida pela falta de critérios objetivos do parágrafo 2º, artigo 28, da Lei nº 11.343/06 ensejou duras críticas pelos julgadores do RE 635.659/SP, o ministro Gilmar Mendes trouxe a questão da seguinte forma:

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.<sup>84</sup>

Para o ministro Fachin a inclusão de critérios objetivos é inevitável:

Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga.<sup>85</sup>

O ministro Roberto Barroso apresentou a questão nesses termos:

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

---

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Gilmar Mendes.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Edson Fachin.

jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.<sup>86</sup>

No geral, os argumentos colacionados pelos eminentes ministros da Suprema Corte Constitucional foram satisfatórios, pois atenderam às expectativas e encararam de forma consistente esse polêmico tema das drogas. A fundamentação dos argumentos consistiu em estudos doutrinários e estatísticas negativas da atual política repressiva – muitos desses fornecidos através do importante instituto *amicus curiae*<sup>87</sup> que contribuiu positivamente para o deslinde da questão discutida. Os votos basicamente explicaram o fracasso da atual política proibicionista, demonstraram a tendência mundial de mudança desta política desastrosa e, principalmente, explicitaram as violações constitucionais resultantes da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal.

Pelo que foi apresentado, não restam dúvidas de que o artigo 28 da Lei Antidrogas viola princípios e direitos resguardados na Constituição Federal, devendo, portanto, ser considerado inconstitucional.

Enfim, no próximo ponto, far-se-á uma breve análise crítica das conclusões e soluções observadas nos votos dos três ministros caso a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 prospere.

### **3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS DO RE 635.659/SP**

O tópico que se segue foi reservado para uma sucinta análise crítica das soluções e alternativas propostas pelos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Roberto Barroso, ao darem provimento ao Recurso Extraordinário 635.659/SP e entenderem pela inconstitucionalidade do artigo 28.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

<sup>87</sup> Segundo definição do próprio STF: Amicus Curiae ou "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: Amici curiae (amigos da Corte). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 5 de julho de 2016.

De início, analisarei as soluções mais pertinentes postuladas no voto do ministro-relator Gilmar Mendes que, em suma, determinou: (i) declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa; (ii) conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; e (iii) absolver o acusado, por atipicidade da conduta.<sup>88</sup>

Observa-se que, acertadamente, o ministro Gilmar entendeu por bem declarar inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 sem fazer ressalvas quanto ao tipo de substância ilícita, portanto, presume-se que o porte de toda e qualquer droga não mais surtirá efeitos penais. Ainda assim, a natureza administrativa da legislação vigente será mantida até o advento de legislação específica. Determinou, ainda, que o autor do fato indiciado na conduta prevista no artigo 28 deverá ser notificado a comparecer em juízo. Por fim, absolveu o acusado por atipicidade da conduta.

Concordo plenamente com a declaração, sem ressalvas, de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para retirar o caráter penal da posse para consumo pessoal de toda e qualquer droga. O ministro Gilmar Mendes retirou o caráter penal, mas não o administrativo, fato que discordo frontalmente, pois entendo que a descriminalização deve ser plena, ou seja, o porte de drogas para consumo pessoal não deve ser penalizado de nenhuma forma e em nenhum âmbito. Na minha opinião, uma política ideal deve ser norteadada pela preocupação exclusiva com a saúde dos usuários dependentes que realmente necessitem de tratamento, de modo que o consumo feito de maneira razoável não deve ser passível de pena mesmo que administrativa, até porque, como frisado durante o trabalho, as escolhas individuais devem ser respeitadas. Vale lembrar que o ministro criticou a subjetividade

---

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Gilmar Mendes.

da norma no que tange à diferenciação entre usuário e traficante, mas não propôs medidas para solucionar tal problema.

O ministro Edson Fachin, por sua vez, determinou: (i) declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; (ii) manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; (iii) declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; e (iv) absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.<sup>89</sup>

A inconstitucionalidade da norma impugnada também foi declarada pelo ministro Fachin, mas, na minha opinião, ele se equivocou ao restringir a descriminalização apenas à maconha. A restrição a essa substância não me parece justa, visto que, na prática, drogas com maiores poderes de dependência, como o crack, trazem mais prejuízos à saúde de seus consumidores e, por consequência, são eles que realmente necessitam de tratamento adequado. A limitação a essa substância também não é razoável, pois a discussão dos autos é sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 que abrange todas as drogas ilícitas, ou seja, não sendo um tipo específico para maconha, a restrição feita é descabida. Logo, se as demais drogas forem mantidas no âmbito criminal, os usuários destas continuarão afastados dos tratamentos, bem como ainda sofrerão o estigma de criminoso, resultado disso é que os efeitos devastadores da atual política de drogas continuarão

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Edson Fachin.

pairando no nosso cotidiano. O voto em análise teve aspectos positivos, lembrando da ineficiente distinção entre usuário e traficante, o ministro Fachin determinou ao legislativo a atribuição de estabelecer critérios objetivos com quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para, assim, solucionar a lacuna da Lei nº 11.343/06.

Por fim, o ministro Roberto Barroso, determinou: (i) a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas; (ii) à luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de *cannabis*. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas; e (iii) provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.<sup>90</sup>

Assim como os demais ministros, Roberto Barroso considerou a norma como inconstitucional e determinou a descriminalização da conduta de posse para consumo pessoal, porém, seguiu a linha do ministro Edson Fachin de restringir apenas à maconha. Como já mencionei na análise anterior, discordo desta restrição pelos mesmos motivos acima. O voto ora analisado foi um tanto mais ousado que os demais, tendo em vista que o ministro Barroso além de considerar que devem ser criados critérios objetivos para diferenciar o consumo pessoal do tráfico, estipulou, com base nos parâmetros da legislação de Portugal, as quantidades mínimas para considerar que o destino da droga é para consumo pessoal (25 gramas de maconha e 6 plantas fêmeas). A iniciativa foi bastante interessante, porém, repito, não devemos descriminalizar apenas o consumo de uma determinada droga, pois corremos o risco de continuarmos enfrentando os problemas da criminalização, bem como não iremos conseguir tratar adequadamente aqueles usuários que realmente precisam de apoio.

---

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

## CONCLUSÃO

O consumo de drogas está presente na sociedade há muito tempo. O convívio do ser humano com tais substâncias perpassa por variadas intenções, desde rituais religiosos e fins medicinais até o uso recreativo, porém, a proibição é uma política considerada recente, tendo em vista que o período anterior ao século XX ainda não tratava legalmente a matéria, logo, não havia punição.

A política investida na repressão teve início em meados do século passado e propagou rapidamente pelas mais diversas legislações, porém, após anos de experiência, constata-se que a proibição não surte efeitos desejáveis, pelo contrário, intensifica os problemas atinentes às drogas. O insucesso deste tipo de política proibicionista é unanimidade, por esta razão a busca por outras alternativas abrangentes se mostra como solução aos malefícios causados pelo combate às drogas.

No Brasil, a punição da posse de drogas para consumo pessoal começou pelo advento do Decreto-Lei nº 385/68 que institui nova redação ao artigo 281 do Código Penal da época. A partir desta inclusão, todas as outras legislações pátrias passaram a criminalizar o consumo de drogas para fins de uso pessoal. Atualmente a Lei nº 11.343 de 2006 é aplicável às ações relacionadas às drogas.

O artigo 28 da Lei Antidrogas prevê como crime as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, os que incorrem neste tipo não são mais punidos com penas privativas de liberdade, pois o legislador inovou ao estabelecer penas restritivas de direito e advertência. Fato é que o referido dispositivo causa enorme discussão jurídica e doutrinária; primeiro, discutisse o bem jurídico tutelado pela norma - saúde pública ou saúde individual -, todavia, como exposto no presente trabalho, o uso de substância ilícita não afeta nenhum bem jurídico se não apenas a saúde daquele que a consome; em segundo lugar, a controvérsia é gerada por causa da difícil distinção pela atual norma das condutas de consumo pessoal e tráfico de drogas.

As lacunas criadas pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06, bem como a indevida criminalização do usuário de drogas que esbarra em preceitos fundamentais, fundamentam a tese de que o dispositivo é inconstitucional. Este debate, finalmente,

chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário 635.659/SP que trouxe o tema para apreciação da Corte sob alegação que o referido tipo viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Pois bem, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Barroso, já julgaram/apreciaram a questão trazida pelo referido recurso e entenderam por bem declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei Antidrogas. De começo, a primeira violação suscitada é ao princípio da lesividade, pois o Direito Penal não deve punir condutas que afetem apenas o agente, caso contrário, estaria punindo a autolesão, o que não coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

A norma também viola o princípio da dignidade humana, bem como o direito à vida privada e à intimidade, tendo em vista que o Texto Constitucional resguarda aos indivíduos a soberania de tomarem as decisões que bem entenderem desde que não atinjam direito alheio.

A norma viola também os princípios da igualdade e da proporcionalidade; este porque a distinção entre usuário e traficante é de extrema dificuldade e, por consequência disso, acaba gerando prisões desproporcionais e injustas; já aquele, deve-se ao fato de que a determinação se esta ou aquela droga é ilícita decorre de decisão arbitrária e infundada do legislador, fato que não se pode aceitar em um Estado Democrático de Direito.

A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 foi amplamente defendida pelo presente trabalho e esteve em harmonia com as decisões dos ministros no RE 635.659/SP que também entenderam pela revogação do dispositivo.

Espera-se que o julgamento do Supremo Tribunal Federal continue no sentido de descriminalizar a conduta de posse de drogas para consumo pessoal por ser o tipo inconstitucional, vez que viola preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Vale ressaltar, finalmente, que a descriminalização deve abranger todas as substâncias ilícitas.

A descriminalização é o primeiro passo para iniciarmos a caminhada para políticas mais humanas e menos danosas, ficando, portanto, as portas abertas para outros avanços – como a legalização - para chegarmos em um denominador comum que respeite os direitos dos usuários e trate os dependentes da maneira adequada.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Tarcísio Mattos de. **Redução de danos: um novo paradigma?** Disponível em:

<[http://www.twiki.ufba.br/twiki/pub/CetadObserva/ReducaoRiscosDanos/Redu%E7%E3o\\_de\\_\\_danos-\\_um\\_novo\\_paradigma.pdf](http://www.twiki.ufba.br/twiki/pub/CetadObserva/ReducaoRiscosDanos/Redu%E7%E3o_de__danos-_um_novo_paradigma.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. **POLÍTICA CRIMINAL DAS DROGAS: O PROIBICIONISMO E SEU BEM JURÍDICO**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **A juventude e a questão criminal no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf>>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. LEI Nº 11.343, DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 4 de julho de 2016. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2016. Voto Min. Edson Fachin.

CAPEZ, Fernando. **Notas breves sobre a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006)**. Complexo jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/notas-breves-sobre-nova-lei-de-drogas-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 1º de julho de 2016.

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

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

CERVININI, Raul. **Los Procesos de Descriminalización**. 2. ed. Montevideu: Universidad, 1993.

Comissão Global de Política Sobre Drogas. **Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam**, 2014. Disponível em: <[http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP\\_2014\\_taking-control\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

COSTA, Marcos Matheus Dantas. **O tratamento jurídico dispensado aos usuários de drogas pela atual sistemática penal (o uso continua sendo crime)**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-tratamento-juridico-dispensado-aos-usuarios-de-drogas-pela-atual-sistematica-penal-o-uso-continua-sendo-crim,28890.html>>. Acesso em: 1 de julho de 2016.

DIEHL, Alessandra; CORDEIRO, Daniel Cruz; LARANJEIRA, Ronaldo. **Dependência Química: Prevenção, Tratamento e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

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

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas - Anotada - Comentários À Lei n. 11.343/2006**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lucia. **Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização**. Disponível em:  
<[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57\\_SEMIN%C3%81RIO%20LEA-P-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57_SEMIN%C3%81RIO%20LEA-P-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879)>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico], 2013.

KARAM, Maria Lucia. **Legalização das Drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

LEMOS, Tadeu. **Ações e Efeitos das Drogas de Abuso**. Prevenção ao uso indevido de drogas/Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos. Curitiba: SEED-Pr, 2008.

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

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em:  
<<http://www.borgomachado.com.br/index.php?p=publicacao&codigo=16894>>. Acesso em: 3 de julho de 2016.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

MORAES, Ricardo Ubaldo Moreira. **Nova Lei Antidrogas: Principais inovações da Lei nº. 11.343/2006.** Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/574-nova-lei-antidrogas-principais-inovacoes-da-lei-no-113432006>>. Acesso em: 6 de julho de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** Bauru: Jalovi, 1980.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

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

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento AntiTerror.** Florianópolis: Habitus, 2005.

United Nations Office on Drugs and Crime, *World Drug Report 2015* (United Nations publication, Sales No. E.15.XI.6).

UNODC, *World Drug Report 2011* (United Nations Publication, Sales No. E.11.XI.10).

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.