

ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06: UMA REFLEXÃO SOBRE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Bruna Letícia Corrêa Bardini¹
Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro²
Trabalho de Conclusão de Curso³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o crime de posse de drogas para uso pessoal, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Para tanto, o tema será abordado sob a ótica da Constituição Federal, em razão dos da proteção que esta garante à liberdade, intimidade e vida privada. Ainda, nosso ordenamento jurídico-penal baseia-se nos princípios da lesividade e alteridade, sendo este utilizado apenas em caso de estrita necessidade. Em contraposição, serão verificadas as consequências do crime em relação à saúde e segurança pública, bem como sob a ótica da política criminal. O intuito é fazer uma reflexão se tal crime é constitucional. A metodologia a ser utilizada é revisão bibliográfica sobre o tema, de uma forma interdisciplinar. Assim, na dependência de julgamento do tema por parte do Supremo Tribunal Federal, aqui se concluirá sobre a inconstitucionalidade do crime de posse de droga, sendo observado a forma como o crime e, por consequência os usuários de droga, são tratados atualmente no nosso sistema penal.

Palavras-chave: Posse. Droga. Inconstitucionalidade. Princípios. Direito.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1 DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06), 1.1 O conceito de droga, 1.2 A história da droga no Brasil, 2 O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL, 2.1 Princípio da Lesividade, 2.2 Da proteção à liberdade, intimidade e vida privada, 2.3 Direito Penal como *última ratio*, 3 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, 3.1 A saúde pública, 3.2 A segurança pública, 3.3 Da Política Criminal, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O artigo 28 da Lei de Drogas da Lei 11.343/06 prevê como crime as condutas de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Tais condutas, embora consideradas criminosas pelo legislador, possuem como penas previstas em seu preceito secundário a “advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo”. Assim, não há previsão de pena privativa de liberdade para este crime.

¹Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo.

² Professor Ms. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), traz em seu preâmbulo um importante valor que deve aqui ser destacado: o direito do ser humano à liberdade. Assim, entende-se que nós, como particulares, somos livres para fazer aquilo que a lei autoriza ou não proíbe³.

O ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, não proíbe o uso de drogas, tendo em vista que o verbo usar ou consumir não estão presentes no artigo 28 da Lei de Drogas (11.343/06), como já mencionado acima. Além disso, o fato de o Estado não punir a autolesão (Princípio da Alteridade) gera uma importante discussão, pois se a pessoa deseja usar drogas ela está afetando, em tese, somente a sua saúde.

Neste sentido é o Princípio da Lesividade, segundo o qual o legislador deve punir apenas as condutas que geram lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nesta linha de raciocínio, não pode o legislador criar um tipo penal que pune exclusivamente a autolesão, visto que não ofende o bem jurídico protegido, ou seja, a coletividade e saúde pública (BITENCOURT, 2006, s/p).

Ainda, deve ser levar em conta o Direito Penal tem o princípio da intervenção mínima, sendo que ele deve ser usado apenas em *ultima ratio*, ou seja, caso seja extremamente necessário (BITENCOURT, 2006, s/p).

Levando em conta esses fatos descritos acima surge a discussão a respeito da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, diante princípios e garantias constitucionais.

Por outro lado, o uso de drogas vai muito além do seu usuário. Há por trás uma questão de saúde pública e segurança pública, já que o uso da droga pode desencadear outras doenças que geram a necessidade do uso do sistema de saúde pública. Ainda, é extremamente comum usuários de drogas praticarem determinados crimes com o intuito de manter o vício.

Também deve ser levado em conta a questão da política criminal, uma vez que o usuário de droga fomenta um enorme comércio ilegal de droga, o qual deve ser, sem dúvida nenhuma, repellido.

Sendo assim, é necessário usar os fatos brevemente abordados para refletir se a lei infraconstitucional (Lei de Drogas) realmente está ferindo princípios da Carta Maior e criminalizando condutas sem o devido respaldo constitucional.

³ Artigo 5º, inciso II, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

1 DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)

Após 30 anos de vigência a Lei 6.368/76 se mostrou ineficiente diante da mudança no cenário brasileiro, principalmente no que tange ao uso e tráfico de drogas. A partir do início da década de 1990 começou a ser discutida a reforma do texto, o que imporia uma mudança de postura.

A Lei 10.409/02 sinalizou tal mudança. A partir dela aumentaram as formas de repressão à comercialização e ao financiamento de organizações voltadas ao tráfico de drogas. Por outro lado, passaram a ser aceitos modelos de intervenção psiquiátrico-terapêuticos em usuários e dependentes (CARVALHO, 2016, s/p.). Neste cenário surgiu a Lei 11.343/06, objeto deste estudo.

O próprio preâmbulo desta lei mostra que uma das preocupações a partir de então seria a prevenção do uso de drogas pela população, bem como a reinserção social do usuário e dependente. Porém, o tratamento para o tráfico de drogas permaneceu repressivo. Sua grande inovação está na natureza interdisciplinar, “diferenciando a prevenção ao uso e a repressão ao tráfico” (CARVALHO; ROSA, 2012, p.7).

Assim, ficou bem claro que a nova Lei de Drogas pretendia tratar de formas bem diferentes duas figuras: o traficante e o usuário. Conforme Carvalho (2016, s/p)

A Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Uma das formas de se alcançar esse objetivo foi a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, o qual se encontra disciplinado nos artigos 3 a 17 da referida lei. Pode-se dizer que são duas as principais finalidades do Sisnad: prevenir o uso de drogas por parte do consumidor de drogas (usuário ou dependente) e reprimir a produção de drogas sem autorização ou o tráfico ilícito delas (CARVALHO; ROSA, 2012).

Importante destacar aqui que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública. Ocorre que, para muitos autores e doutrinadores, o artigo 28 desta lei teria o intuito de proteger exclusivamente a saúde individual do usuário. Inclusive Carvalho e Rosa (2012, p. 12) concluíram que “o referido dispositivo carece de bem jurídico penal e possui conteúdo de Direito Penal simbólico, o que certamente o levará ao descrédito e ao flauteio público dentro em breve”.

Isso ocorre porque a Lei 11.343/06 optou por desencarcerar os autores do crime de porte de droga para uso pessoal, uma vez que, conforme já mencionado, não há previsão de penas privativas de liberdade para este crime. Tal tema será abordado mais profundamente em tópico próprio.

Por ora, daremos atenção ao que é a droga aqui exaustivamente referida, bem como quem são seus usuários. Se mostra importante entender tais aspectos e o histórico da legislação sobre o tema no Brasil, a fim de analisar o crime em estudo sob a ótica constitucional.

1.1 O conceito de droga

A Lei 11.343/06 optou por usar o termo “droga”, substituindo a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, utilizada pelas legislações anteriores.

O próprio artigo 1º, parágrafo único, desta lei, trouxe um conceito do que seria droga, ao dispor que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Fica claro portanto, tratar-se aqui de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que só é “considerado como droga aquilo que estiver relacionado na lei ou nas portarias do órgão competente, cabendo ao Ministério da Saúde publicar as listas atualizadas periodicamente dessas substâncias” (CARVALHO; ROSA, 2012, p. 9).

A Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 é a responsável por atualmente listar tais substâncias, conforme disposto no artigo 66 da Lei de Drogas⁴.

A doutrina também se ocupou do tema, buscando analisar qual seria a melhor definição jurídica do termo “droga”. De acordo com Filho e Rassi (2013, s/p)

O conceito legal de droga está de acordo com aquele apresentado pela doutrina. A qualificação jurídica de droga, segundo a doutrina, é toda substância natural ou sintética suscetível de criar: a) um efeito sobre o sistema nervoso central; b) uma dependência psíquica ou física; c) um dano à saúde pública e social.

Importante destacar que nem toda substância que se encaixa no conceito de droga são ilícitas, justamente porque não estão presentes na portaria acima mencionada. São as

⁴ Artigo 66 da Lei 11.343/06: “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”.

chamadas drogas lícitas, como é o caso do cigarro e das bebidas alcoólicas, por exemplo. Tais substância não serão objetos de estudo.

Aqui trataremos das drogas ilícitas e substâncias entorpecentes, as quais, com o uso contínuo, resultam em dependência, causando danos para o organismo e também para a saúde mental do usuário (GONÇALVES, 2012).

1.2 A história da droga no Brasil

O uso de drogas, como bem sabemos, remonta dos tempos mais antigos. Aqui no Brasil, por exemplo, índios da bacia Amazônica tomavam chá alucinógeno vindo da planta *Ayahuasca*⁵ há mais de quatro mil anos (LOPES, 2006). Dessa forma, a legislação brasileira evoluiu ao longo do tempo para acompanhar a rápida proliferação das drogas.

A primeira criminalização ao uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes aqui no Brasil se deu com as Ordenações Filipinas (1603), a qual dizia “*Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso*” (CARVALHO, 2016).

O Código Criminal do Império (1830) se manteve inerte sobre o tema, mas o regulamento de 29 de setembro de 1851 disciplinou a venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

Segundo Carvalho (2016, s/p) “no início do século XX o aumento no consumo de ópio e haxixe, sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, incentiva a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substância psicotrópicas”. Assim, em 1890 o Código Penal considerou como crime “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem a legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários” (CARVALHO; ROSA, 2012).

A partir de então a política antidrogas se torna mais intensa. O Código Penal de 1940, inspirado na Convenção de Genebra de 1936, em seu artigo 281⁶, enumerou várias condutas que seriam consideradas como “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”. O Decreto-Lei 4720/42 passou a dispor sobre o cultivo da droga *in natura*, sendo que a Lei 4.451/64 introduziu o verbo “plantar” nas condutas do artigo 281 do Código Penal.

No dia 21 de outubro de 1976 entrou em vigor a Lei 6.368/76. O primeiro capítulo dessa lei estabelece que “é dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e

⁵ Ayahuasca quer dizer “vinho dos espíritos”. Segundo os indígenas o chá dá poderes telepáticos e sobrenaturais, sendo visto como uma divindade e servindo também ao prazer.

⁶ Artigo 281 do Código Penal de 1940: “Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (artigo 1º).

Esse discurso de integração de toda a sociedade para o combate às drogas na verdade trazia em seu bojo uma dura repressão, devido ao período autoritário vivido na época. Conforme explica Carvalho (2016, s/p)

o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas ocorrerá somente após a instauração da Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrito por Castello Branco.

O advento da Constituição Federal de 1988 assumiu um papel muito importante na luta contra o tráfico de drogas, visto que definiu este crime como inafiançável e insuscetível de graça e anistia (artigo 5º, XLIII).

Em 2002 a Lei 10.409 pretendeu substituir a Lei 6.368/76, porém, devido a um veto do Poder Executivo, esta última continuou em vigor em relação aos crimes e penas. Diante desse cenário caótico foi promulgada uma nova Lei de Drogas, a 11.343/06 (CARVALHO; ROSA, 2012).

Após essa breve histórico da legislação sobre drogas no Brasil passaremos a analisar criticamente a Lei 11.343/06, em especial seu artigo 28, que trata do uso de drogas para consumo pessoal, colocando em foco seus aspectos constitucionais.

2 O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL

O artigo 28 da Lei 11.343/06 é um crime um tanto quanto controverso. Isso porque ele pune não o uso da substância entorpecente, mas sim a posse desta para uso posterior. Ainda, este tipo penal não faz qualquer distinção entre o usuário e o dependente, físico ou psicológico (COELHO; SOUZA, 2016).

Conforme já mencionado, as penas previstas para este crime são: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Aquele que porta drogas para uso pessoal não será submetido a pena privativa de liberdade, nem mesmo à prisão em flagrante, conforme o artigo 48, §2º, da Lei 11.343/06⁷.

⁷ Artigo 48, §2º: Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

Embora não haja previsão de pena privativa de liberdade, o artigo 28 da Lei de Drogas mantém a qualidade de crime, mas com uma resposta mais branda. Muitas críticas surgiram sobre o tema, visto que tal “despenalização” gera a sensação de impunidade. Para Souza (2015, p.4), “no caso do delito de porte de entorpecentes para uso pessoal, não parece que resposta penal não cerceadora da liberdade possua o condão de gerar uma segura racionalidade de renúncia ao vício ou ao prazer do uso da droga”.

Importante destacar que não houve descriminalização do tipo penal em análise. O propósito do legislador quando da revogação da Lei 6.368/1976 e edição da Lei 11.343/2006 foi, evidentemente, desencarcerar os autores do crime de posse de drogas para uso pessoal. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 430105/RJ, em fevereiro de 2007, ao entender que o disposto no art. 28 tratou apenas de despenalizar a conduta, mas não de descriminalizá-la, conforme a seguir:

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. (STF, 2007. Grifos próprios).

Diante disso, cabe colocar o crime de posse de drogas para uso pessoal em confronto com a Constituição Federal. Tal Carta Maior é o fundamento, alicerce de todos os ramos do direito, incluindo o Direito Penal. Conforme Barro (2012, s/p)

A Constituição é o estatuto fundamental da ordem jurídica geral, é ela que determina os pressupostos de criação, vigência e execução de todo o ordenamento jurídico, de sorte que o Direito Penal tem limites estabelecidos na Carta Constitucional.

Dessa forma, é importante tratar o Direito Penal como Direito Penal Constitucional. O legislador infraconstitucional, ao indicar mandamentos criminalizadores, deve manter a compatibilidade com a Constituição. Caso contrário, o texto estará manchado pelo vício da inconstitucionalidade (BARRO, 2012).

Muitos doutrinadores entendem que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional, principalmente por violar os princípios da lesividade, da autonomia individual, da intimidade e da vida privada. Segundo o entendimento de Carvalho (2016, s/p)

a criminalização de opções pessoais revela tendência marcadamente moralizadora no direito penal, cujos fundamentos não guardam harmonia com os preceitos constitucionais, sendo amplamente desqualificados pela cadeia principiológica que sustenta os direitos e as garantias individuais.

Essa questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 635.659, com repercussão geral reconhecida. Na pendência de decisão final sobre o tema, o presente artigo analisará a seguir o crime de posse de drogas para uso pessoal em confronto com princípios e direitos constitucionais.

2.1 Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade, ou ofensividade, não está expresso na Constituição Federal. Trata-se, na verdade, de um princípio implícito. Ele tem como importante missão limitar o legislador penal, restringindo sua liberdade de definir o que é considerado crime. Isso porque somente será crime o fato ilícito “ofensivo, lesivo, ou simplesmente perigoso, ao bem jurídico tutelado” (BARRO, 2012, s/p).

Com isso, há uma clara separação entre direito e moral. Não cabe ao Estado impor condutas morais aos cidadãos, visto que ele não está legitimado para tanto e também não seria adequado (ROXIN, 1993, s/p). Uma conduta, embora imoral, será crime apenas quando causar dano (ou perigo de dano) a bens jurídicos de terceiros, protegidos pelo Direito Penal.

Segundo Batista (1990, p. 92/94)

o legislador não pode, de modo algum, criminalizar: primeiro, inclinações interiores; segundo, comportamentos que não ultrapassem o espaço do próprio autor; terceiro, condições existenciais; quarto, condutas havidas por imorais pela maioria de uma comunidade, mas que não ofendam a qualquer bem jurídico.

Seguindo essa linha de raciocínio, muitos questionam a legitimidade do crime de posse de drogas para uso pessoal.

O bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/06 é a saúde pública, a qual é um bem jurídico plenamente passível da tutela penal. Ocorre que, para muitos autores, o artigo 28 da referida lei possui bem jurídico distinto: a saúde individual.

Estaríamos, portanto, diante de uma violação ao princípio aqui explanado, por não afetar bem jurídico alheio. Seria também uma afronta ao critério da alteridade, já que a conduta criminosa deve colocar frente a frente, no mínimo, dois sujeitos (BARRO, 2012, s/p).

Para Carvalho e Rosa (2012, p. 11)

Se o legislador optou por não punir a autolesão, também deveria deixar impune o de uso e porte de drogas para consumo pessoal, que nada mais é do que uma autolesão liliputiana, não trazendo, na maioria das vezes, nenhum prejuízo ao agente-vítima.

Por ser a autolesão impunível (uso pessoal de droga), não haveria dano para a sociedade. Sua vedação, portanto, seria um “drástico meio de coerção moral praticada pelo Estado” (SOUZA, 2015, p.2).

Assim, se o agente usa drogas ele está, em tese, afetando apenas sua saúde. Ele está se auto lesionando, porém de modo consciente. Por esta razão não caberia ao Estado intervir na escolha do cidadão. Trata-se, na verdade, de uma atitude extremamente paternalista do Estado tipificar a posse de drogas para uso como crime?

2.2 Da proteção à liberdade, intimidade e vida privada

A Constituição Federal Brasileira de 1988 positivou, em seu artigo 5º, vários direitos fundamentais que todos, como seres humanos, possuímos. Entre eles está o direito à privacidade (vida privada)⁸. Esse direito está diretamente ligado à proteção da dignidade e da personalidade humana.

Segundo a definição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, s/p)

o direito à privacidade consiste num direito a ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados.

O Estado não deve interferir em escolhas e condutas exclusivamente pessoais, quando estas não lesam terceiros. Uma norma criminal que intervém em opções pessoais estaria, na

⁸ Artigo 5º, X, CF: “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”.

verdade, “impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais” (SOUZA, 2015, p.3).

No mesmo sentido é o direito à liberdade. Conforme o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal⁹, a liberdade, juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, são um conjunto de direitos fundamentais de extrema relevância no sistema constitucional brasileiro.

Essa liberdade pode ser entendida sob vários aspectos, como por exemplo a liberdade de expressão (art. 5º, IX) e a liberdade de locomoção (art. 5º, XV). Aqui, no entanto, a liberdade será estudada de uma forma geral. Ela pode ser entendida como

faculdade genérica de ação ou omissão, que concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido por meio de liberdades específicas previstas em textos normativos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, s/p).

Com isso, o indivíduo é livre para fazer aquilo que quiser, que lhe é permitido ou não proibido. Trata-se de uma verdadeira ligação entre a liberdade e a legalidade, já que o artigo 5º, II, da CF dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A lei, neste contexto, assume um importante papel, pois é o “instrumento por excelência de que dispõe o Estado de Direito para garantir e ao mesmo tempo regular a liberdade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, s/p).

É claro que direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, podem ser restringidos diante de outros direitos fundamentais ou bens e interesses constitucionalmente assegurados, através do uso da proporcionalidade.

No caso do porte de drogas para uso pessoal, porém, essa questão é ainda mais profunda. Inclusive, um dos fundamentos do Recurso Extraordinário nº 635.659, que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, é justamente uma afronta ao direito à intimidade. Sob o ponto de vista da liberdade humana o uso e posse de entorpecentes é um verdadeiro direito subjetivo do indivíduo, sob o qual não caberia intervenção.

Por um outro lado, o sujeito vulnerável, mesmo exercendo sua liberdade, deve ser assistido de perto pelo Estado. Para Coelho e Souza (2016, p. 8)

reconhecida a vulnerabilidade da pessoa para optar por um comportamento, deve o Estado interferir em sua liberdade. Assim como falta autonomia para decidir por uma autolesão, também não há autonomia para recusar a

⁹ Artigo 5º, *caput*, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”

proteção da norma. O sujeito não consegue discernir sobre suas ações, que podem provocar prejuízos a si mesmo, e também falta discernimento para negar a tutela do Estado.

Não há dúvidas de que aquele que usa, e por consequência porta drogas, se torna dependente desta. Nessa condição, “em virtude da ausência (ou falta) de autonomia pela falta da capacidade de discernimento, é pessoa doente e que precisa de amparo médico, da família e dos amigos” (COELHO; SOUZA. 2016).

Cabe aqui uma reflexão. A intervenção estatal nos direitos constitucionais aqui abordados é legitimada pela vulnerabilidade de usuários e dependentes de droga? Ou será que o direito e processo penal, sob a ótica constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade e liberdade, deve ser capaz de blindar a indevida interferência estatal na vida privada?

2.3 Direito Penal como *última ratio*

Como apresentado até o momento, o Direito Penal possui limites e restrições, principalmente quando ele esbarra em direitos constitucionais, como é o caso da liberdade, aqui já exposto.

Ocorre que, o Direito Penal e Processual Penal também tem limites internos, ou seja, eles são guiados por determinados princípios fundamentais que tem como objetivo alcançar a racionalidade da persecução penal, evitando assim arbitrariedades (GOMES, 2015, s/p).

Um destes princípios é o da intervenção mínima, que aqui trataremos. Para Gomes (2015, p.11) o Direito Penal mínimo significa que

a proibição deve respeitar uma atuação subsidiária do direito penal (apenas quando não houver outra forma menos lesiva para proteger o bem jurídico), buscando proteger apenas os interesses mais relevantes, contra condutas que efetivamente provoquem a criação de um perigo concreto e proibido ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Dessa forma, o legislador somente deve incriminar condutas quando estas colocam em risco a existência de uma sociedade pacífica e livre, desde que não seja possível alcançar este ideal por meios menos gravosos (*última ratio*). Seria esta uma forma de equilibrar o poder do Estado e a liberdade dos indivíduos.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, que tem como base a dignidade humana (art. 1º, III, CF) e como objetivo o bem de todos (art. 3º, IV, CF). Assim, não devem ser permitidas “criminalizações de comportamentos arbitrariamente, ao livre talante de quem quer que seja, ainda que em nome de uma suposta maioria e de supostos interesses

emergenciais” (BARRO, 2012, s/p). O Direito Penal mínimo tem como base justamente o paradigma dos direitos humanos e do estado democrático de direito (GOMES, 2015, s/p).

Como já mencionado, o crime do artigo 28 da Lei de Drogas não possui uma resposta penal típica, já que não possui previsão de pena privativa de liberdade. Inclusive, a resposta penal não cerceadora não é capaz de fazer com que o indivíduo deixe de usar a droga ou ainda que deixe de delinquir (SOUZA, 2015).

Assim, tais sanções poderiam ser facilmente aplicadas por meios administrativos, um meio menos custoso e infamante (SOUZA, 2015). Poderia, assim, o legislador ter poupado o Judiciário de se ocupar com a posse de drogas para uso pessoal, mediante aplicação do princípio da intervenção mínima.

Concluimos, até o momento, que existem vários argumentos que apontam para a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, já que este violaria direitos constitucionais (liberdade, intimidade e vida privada) e princípios (ofensividade, alteridade e da intervenção mínima). Agora, analisaremos motivos pelos quais o crime em questão deve ser mantido dentro da esfera penal-constitucional.

3 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

Não há dúvidas de que o uso de drogas tem um potencial lesivo muito grande. A relação entre o uso e a dependência é uma linha muito tênue, a qual é ultrapassada muitas vezes sem a percepção do indivíduo.

O início do vício pode ter variados motivos: depressão, traumas, abandono, oferecimento por um amigo ou companheiro, etc. Para Gonçalves (2012, p.8) alguns dos motivos que levam as pessoas a usar drogas são: “a oportunidade para experimentar; o uso de drogas pode ser visto como algo excitante e ousado; uma “alternativa” para modificar as emoções; Influência do grupo para o uso de drogas; e um alívio para seus problemas”.

Seja qual for a razão, a partir do momento em que o uso se torna vício e dependência, surge um problema maior, que transcende ao usuário. Por esse motivo analisaremos as consequências do crime de posse de droga para uso pessoal sob três aspectos: da saúde pública, da segurança pública e da política criminal.

Essa análise é de grande relevância, já que se mostra necessário fazer a vinculação do tratamento legal dos usuários de drogas com as finalidades político-criminais do legislador, em face de um ordenamento jurídico democrático.

3.1 A Saúde Pública

Conforme já abordado no presente estudo, o bem jurídico que a Lei de Drogas busca proteger é a saúde pública. O artigo 28 desta Lei, para muitos, teria como objetivo tutelar a saúde individual. Ocorre que a dependência e o vício podem ter maiores repercussões.

É verdade que nem todo usuário de drogas é necessariamente dependente desta. Assim como ocorre com a ingestão de bebidas alcóolicas, por exemplo, uma pessoa pode usar a substância entorpecente como uma forma de gerar prazer.

No entanto, o que observamos na realidade do país é que o uso inocente da droga pode levar à dependência. Algumas formas em que a dependência se manifesta são: “dependência psíquica, a dependência física, a síndrome de abstinência e a tolerância; a sua presença e intensidade variam de acordo com a substância que as provoca e o grau de dependência.” (GONÇALVES, 2012, p. 5).

Trata-se de um círculo vicioso. A pessoa inicia seu contato com a droga com a perspectiva de que esta o tornará mais “forte”, mais “inteligente” e mais “capaz” de realizar determinados atos. Com o tempo e uso continuado o organismo é obrigado a desenvolver uma série de mecanismos, sendo que ele não consegue funcionar corretamente sem o consumo da droga. Mesmo que o uso seja interrompido, a abstinência pode provocar diversos problemas de saúde, o que faz com que o indivíduo volte a usar a droga, em quantidades maiores.

A verdade é que em determinado momento da vida o usuário (de drogas lícitas e ilícitas) deverá lidar com algum tipo de doença física, como a desnutrição, lesões cerebrais, câncer, entre outras, ou psíquicas, como a depressão, transtornos de personalidade e esquizofrenia.

Infelizmente, em um país como o Brasil a droga se insere (não exclusivamente, mas rotineiramente) em famílias pobres, vulneráveis em vários sentidos. Diante disso, não há dúvidas de que o Sistema Único de Saúde será acionado em algum momento.

Também existe, em situações menos graves, o caso daqueles que buscam tratamento para se ver livres do vício. Nesse caso, é oferecido tratamento ambulatorial ou a inserção do usuário no CAPS-AD (Centro de Atenção Psicossocial – Álcool e Drogas). Segundo Lagoa e Morais (2017, s/p)

Entre 2005 e 2015, foram 604.965 internações provocadas pelo uso de substâncias ilícitas no Brasil, segundo o Ministério da Saúde. Considerando dados de 2014, os últimos disponíveis sobre gastos, o país vem desembolsando a cada década R\$ 7,76 bilhões para custear o tratamento de quem consome entorpecentes. Corrigido pelo IPCA, o valor equivale hoje a R\$ 9,139 bilhões.

Embora seja sedutor o argumento de que o uso de droga afeta apenas a saúde do usuário, não é essa a realidade que observamos.

3.2 A Segurança Pública

A Constituição Federal de 1988 prevê que a segurança é também um direito fundamental de todos (artigo 5º, *caput*). Sendo assim, esta também precisa ser protegida, na mesma medida em que os direitos fundamentais aqui já tratados.

O uso de drogas é uma questão que coloca em risco a segurança pública, principalmente pelo fato de que essa conduta tem influência na prática de crimes. De que formas isso acontece? De acordo com Gomes e Guadanhin (2016, p. 9),

costuma-se dividir a influência da droga em três contextos da prática de crimes: efeito farmacológico, compulsão econômica e violência sistêmica. O primeiro está ligado aos efeitos biológicos que a ingestão da substância produz no usuário, que passaria a adotar uma postura violenta, arrogante, destemida ou algo semelhante. Por sua vez, o segundo está ligado aos delitos econômicos praticados pelo usuário para ter acesso ao psicoativo. Por fim, a violência sistêmica está situada no âmbito da comercialização das drogas, com disputas entre traficantes, punição a usuários em débito, resolução de conflitos decorrentes da gestão do negócio.

Os dois primeiros fatores mencionados pelos autores são muito relevantes e comumente observados no cotidiano. O uso de drogas como a cocaína e “crack” fazem com que o usuário se torne mais violento, principalmente no seio familiar. Nessa situação, crimes como lesão corporal e ameaça são muito recorrentes.

Já na segunda hipótese, aqueles que não tem condições financeiras de adquirir o entorpecente recorrem à prática de delitos, principalmente os patrimoniais. É claro nem sempre os delitos praticados em razão da droga são violentos, como é o caso dos crimes de furto e o próprio tráfico de drogas, mas independentemente disso a segurança pública é colocada em risco.

Neste cenário caótico, é necessário colocar o direito à segurança em foco, refletindo se este tem o condão de mitigar o direito à liberdade. Para Gomes (2015, p.13)

Elevar a segurança a um patamar que leve à negação da liberdade, à hipertrofia do Direito Penal, não se coaduna com um Estado que deve garantir todos os direitos fundamentais, tanto a segurança, sim, mas também e prioritariamente, a liberdade e o ideal de vida de cada indivíduo.

A verdade é que a grande maioria dos crimes não ocorre por ou em razão do uso de drogas. No entanto, não podemos fechar os olhos para o fato de as drogas, atuando junto com o ambiente e com outros fatores, tem um significativo impacto no universo do crime. Ainda

mais quando analisamos a estreita ligação entre o uso e o tráfico de drogas, conforme será abordado a seguir.

3.2 Da Política Criminal

A Lei 11.343/06 não deixou dúvidas de que seu discurso político-jurídico era baseado em uma dura repressão ao tráfico de drogas. Quanto ao usuário e dependente o discurso era o médico-jurídico (CARVALHO, 2016).

A ideia do legislador foi de despenalizar o porte de drogas para uso pessoal como uma forma de redução de danos, dando uma suposta ênfase na necessidade que tais pessoas tem de tratamento médico. Ocorre que a dura repressão às drogas (“*war on drugs*”) ainda é o pano de fundo de toda esta Lei.

Isso acontece porque o uso de drogas, embora pareça inofensivo, pode gerar grandes consequências, como o fomento ao tráfico de drogas. Por óbvio que o usuário e o dependente precisam adquirir drogas de algum lugar: o traficante. Dessa forma, mesmo que inconscientemente, o massivo comércio destes ilícitos é incentivado pelos usuários de drogas.

Muitos autores acreditam que a política repressiva adotada no Brasil não alcançou os objetivos almejados. Nesse sentido é o posicionamento de Souza (2015, p. 6)

Se de um lado, toda a custosa política repressiva engendrada nos últimos anos não apresentou sequer minimamente os resultados pretendidos, por outro, seu custo social foi muito maior do que o meramente econômico. Isto, pois se fomentou a estigmatização do usuário – aliás, muitas vezes seduzido a experimentar o proibido, conforme nota Reale Júnior –, trazido à infamante alçada do controle criminal, e viabilizou-se a consolidação de poderosas organizações criminosas, que necessitam da corrupção e da violência para manutenção de seu aparato ilícito enormemente lucrativo.

Sendo assim, é inevitável o questionamento: se o próprio legislador afastou respostas tipicamente penais ao crime de porte para uso pessoal de drogas qual a motivação da manutenção do tema sob a custódia do Direito Penal? A íntima ligação deste crime com o tráfico de drogas é motivo suficiente para a marginalização dos usuários de drogas?

Não há dúvidas que o uso de drogas é uma questão médica e que deve ser tratada desta forma. Embora seja esse o posicionamento legal, a atuação do Estado nesta seara ainda é tímida. Ainda, “a falta de falta de regulamentação e controle associada à elevada lucratividade da atividade leva a disputas territoriais violentas, e ao surgimento de novas substâncias mais baratas, mais acessíveis e ainda mais prejudiciais à saúde” (ARGÜELLO; MURARO, 2015, p.6).

A política criminal de drogas deve sim manter a repressão ao tráfico de drogas, mas deve também ter como centro a dignidade da pessoa humana e buscar reduzir os danos causados pelo abuso de drogas lícitas e ilícitas. Uma figura estatal presente, talvez não punitiva para usuários, pode ser o caminho mais acertado.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto até aqui resta claro que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional, mostrando mais uma vez que o Estado brasileiro é mais paternalista e moralista do que realmente preocupado com a saúde e segurança pública. Isso se verifica quando observamos que o uso de drogas não é proibido, mas sim o porte para uso.

A Constituição Federal garante que todos tem o direito de liberdade nas suas escolhas pessoais, quando estas não afetam terceiros. O crime de porte de drogas não afeta bem jurídico alheio, tendo em vista que o usuário está causando em si uma autolesão. Não optando o sistema penal em punir autolesões, é desproporcional a punição pelo porte de drogas.

Também se mostra controverso o fato de drogas lícitas, como o álcool e o tabaco, não serem alvos deste crime, uma vez que essas tais drogas são tão nocivas (ou até mais) do que drogas ilícitas. Mais inteligente seria regular este setor por meio de impostos, contribuições e monopólios, assim como é feito com aquele.

Ainda mais, o fato de não haver previsão de pena privativa de liberdade para este crime é mais um motivo que aponta a inconstitucionalidade e desnecessidade desta previsão legal. Seria menos custoso e infamante que o tema migrasse para o direito administrativo, visto que, além de não mover o Judiciário sem necessidade, ajudaria a não marginalizar os usuários e dependentes de drogas.

Se a Lei de Drogas buscou despenalizar e dar tratamento aos usuários esse deveria ser o objetivo principal. Dar tratamento médico eficaz é mais importante e mais benéfico do que punir criminalmente.

Sendo assim, criminalizar o porte de drogas para uso pessoal é inconstitucional e gera ainda mais violência do que a violência que se busca reprimir. É desproporcional e desnecessária a manutenção do tema sob a vigilância do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BARRO, A. J. C. D. **Direito penal constitucional - a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Volume 1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21/05/2020.

BRASIL. **Lei Nº 6.368, De 21 De Outubro De 1976**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em 21/05/2020.

CARVALHO, S. D. **A Política Criminal De Drogas No Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Gisele Mendes de; ROSA, Gérson Faustino. **Criminalização Do Porte De Drogas Para Consumo Pessoal Paternalismo Jurídico Ou Proteção Da Saúde Pública?** Revista dos Tribunais | vol. 923/2012 | p. 327 - 381 | Set / 2012. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 5/2015 | Jan / 2015. DTR\2012\450685.

COELHO, Gustavo Tozzi; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Uso De Drogas E Autonomia: Limites Jurídico-Penais E Bioéticos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 126/2016 | p. 67 - 108 | Dez / 2016. DTR\2016\24548.

FILHO, V. G.; RASSI, J. D. **Liv Dig Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006 Did Al. 3**. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Leandro de Castro; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Política Criminal De Drogas: Uma Crítica à Abordagem Proibicionista**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 123/2016 | p. 259 - 300 | Set / 2016. DTR\2016\24036.

GOMES, Leandro de Castro. **Porte De Drogas Para Uso Pessoal: Direito Penal Mínimo, Paternalismo Estatal E Uma Nova Hermenêutica Constitucional**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 117/2015 | p. 333 - 361 | Nov - Dez / 2015. DTR\2016\140.

GONÇALVES, Antônio Baptista. **A Descriminalização Do Usuário De Drogas E Do Pequeno Traficante - A Justiça Restaurativa**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 30/2012 | p. 87 - 131 | Jul - Dez / 2012. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 5/2015 | Jan / 2015. DTR\2012\451353.

LAGOA, Tatiana; MORAES, Tatiana. **Gastos do SUS com dependentes químicos chegam a R\$ 9,1 bilhões em uma década**. 2017. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/primeiro-plano/gastos-do-sus-com-dependentesqu%C3%ADmicos-chegam-a-r-9-1-bilh%C3%B5es-em-uma-d%C3%A9cada-1.440635>>. Acesso em: 31 de julho de 2020.

LOPES, Marco Antônio. **Drogas: 5 mil anos de viagem**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem/>>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. A. P. dos Santos e L. Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Punição Criminal Ao Porte De Entorpecentes Para Uso Próprio E Irracionalismo Repressivo Uma Ainda Necessária Reflexão**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 88/2011 | p. 167 - 186 | Jan - Fev / 2011. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 5/2015 | Jan / 2015. DTR\2011\1164.

STF. **RE 430105** RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 13/02/2007. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe-004 27/04/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recursoextraordinario-re-430105-rj/inteiro-teor-103115746>>. Acesso em: 24 de junho de 2020.