



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE
DROGAS), UMA ABORDAGEM QUANTO AO PORTE/USO DE
ENTORPECENTES

Roger André da Silva Marques

Rio de Janeiro
2020

ROGER ANDRÉ DA SILVA MARQUES

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS), UMA ABORDAGEM QUANTO AO PORTE/USO DE ENTORPECENTES

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Lucas Tramontano

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2020

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS), UMA ABORDAGEM QUANTO AO PORTE/USO DE ENTORPECENTES

Roger André da Silva Marques

Graduado pela Faculdade Candido Mendes. Advogado.
Pós-Graduando em Direito Público e Privado da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo –o porte/posse de drogas para uso pessoal vem atravessando um ”abrandamento” jurídico ao longo do tempo, o que será demonstrado no presente trabalho através da avaliação evolutiva ao comparar a Lei nº 6.368 de outubro de 1975 (antiga lei de drogas) frente à Lei nº 11.343 de agosto de 2006 (atual lei de drogas). Diante desse quadro evolutivo, a temática das drogas para uso pessoal foi alçada ao Supremo Tribunal Federal através do RE nº 635.659, onde iniciou-se o questionamento quanto a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, dispositivo este que trata do porte/posse de drogas para uso pessoal. Dessa forma, o presente trabalho tem o propósito de analisar os fundamentos para se questionar a constitucionalidade do artigo que tipifica a conduta do usuário de drogas.

Palavra – Chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Lei de Drogas. Posse e uso de entorpecentes.

Sumário – Introdução. 1. Diferenças entre posse e uso de drogas para tráfico de drogas, uma análise crítica. 2. Evolução da Despenalização da posse/Porte e a posição dos Tribunais Superiores. 3. Da Inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, a presente pesquisa tinha por objetivo analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal ao determinar a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 13.343 de agosto de 2006, - Lei de Drogas – no julgamento do RE nº 635.659 e o possível ativismo judicial na análise desse artigo que trata da posse e porte de drogas. Contudo, o julgamento que possuía previsão de julgamento em novembro de 2019 foi retirado de pauta e não houve determinação de uma nova data para tanto. Aliado à retirada de pauta, o mundo foi acometido pela pandemia de COVID-19, o que impossibilitou que as reuniões plenárias pudessem ocorrer, uma vez que uma das poucas formas de combate inicial é o distanciamento social.

Dessa forma, a presente pesquisa passa a analisar a evolução legislativa sobre a temática de posse/porte de drogas para uso pessoal chegado por fim as razões que levaram ao questionamento da constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006.

Para tanto, aborda-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o artigo 28 da lei supramencionada é de fato inconstitucional, devendo, portanto, assim ser declarado.

A Lei de Drogas – Lei nº 13.343 de agosto de 2006 – em seu artigo 28 possui um grande embate dogmático e jurisprudencial quanto à sua redação e sua consequente constitucionalidade. Tal fato se dá, pois, a redação desse artigo sugere que a conduta ali tipificada não é mais punível, ou seja, a posse ou porte de drogas para o uso pessoal, apesar de tipificada, não seria punível pelo legislador. O embate se dá em torno da classificação do dispositivo como descriminalizador, despenalizador ou inconstitucional, por isso, é de suma importância a investigação da real natureza jurídica de tal conduta para que se possa verificar se merece ou não ser declarada sua inconstitucionalidade, ou se de fato, tratou-se apenas de uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção judicial quando se trata de políticas públicas, e no caso em tela teremos duas esferas públicas diretamente atingidas, a saber, as políticas de saúde pública e de segurança pública.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito e a distinção da posse de drogas em comparação ao tráfico de drogas através de uma análise crítica diferenciando ambas as condutas. Pretendeu-se, ainda, analisar a evolução legislativa da temática debatendo se estariam diante de uma despenalização ou de uma descriminalização da posse/porte com a finalidade de uso pessoal para ao fim analisar as questões norteadoras para questionar se o artigo 28 trata-se de uma norma sob a égide constitucional ou não.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho, diferenciando através de uma abordagem crítica, os conceitos de porte e posse de drogas para uso pessoal frente à posse e porte para tráfico de drogas.

O segundo capítulo destina-se a uma análise da evolução legislativa analisando a Lei nº 6.378 de outubro de 1976 frente à Lei nº 11.343 de agosto de 2006, e a tipificação quanto ao usuário de drogas.

O terceiro capítulo destina-se a traçar quais foram as motivações que levaram o questionamento quanto a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006 ao Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador tem o objetivo de identificar os principais fatores que podem levar a declaração da

inconstitucionalidade do assunto abordado, e analisar criticamente se houve ou não ativismo judicial na análise do tema.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, bem como da jurisprudência que serão analisadas e fichadas na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DIFERENÇAS ENTRE POSSE E USO DE DROGAS PARA TRÁFICO DE DROGAS, UMA ANÁLISE CRÍTICA

Para iniciar uma análise crítica, bem como apontar as diferenças quanto aos conceitos de porte e uso de drogas (artigo 28) frente ao tráfico de drogas (artigo 33), se faz necessário que se localize no ordenamento jurídico e se aponte as diferenças no diploma legal.

Sendo assim, deve-se observar a Lei nº 11.343 de agosto de 2006, sancionada em 23 de agosto de 2006, sendo essa atual legislação que trata do tema, ela é conhecida como a “nova” lei de drogas.

Essa atual legislação substituiu e suprimiu as Leis nº 6.368 de outubro de 1976 e a Lei nº 10.409 de janeiro de 2002, ambas as leis foram expressamente revogadas a partir da sanção da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, conforme dispõe em seu artigo 75¹. Portanto, farão uma abordagem apenas quanto à “nova” legislação, a Lei nº 11.343 de agosto de 2006.

Ao tratar do tema, a Lei nº 11.343 de agosto de 2006 classificou as condutas de uso e posse como crime, assim como também classificou como crime a conduta de tráfico de drogas. Contudo, ainda que ambas sejam condutas classificadas como criminosas e possuam a devida tipificação, a conduta prevista no artigo 28 da referida lei possui um preceito secundário no mínimo curioso, uma vez que não há uma previsão de punição com reclusão, detenção ou mesmo restrição de direitos, como é comum ser observado nas punições penais.

Ainda que não exista uma punição tão severa conforme é comumente aplicada nas tipificações penais, não é possível afirmar que tal fato deixou de ser considerado como criminoso apenas pela ausência do preceito secundário, nesse sentido temos a afirmação abaixo:

¹ BRASIL. *Lei nº 11.343* de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 28 jun. 2020.

Não é possível aceitar a tese de que o fato não é mais considerado infração penal, apenas porque a Lei não prevê pena privativa de liberdade em abstrato, com base no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que estabelece que são considerados crimes os fatos ilícitos a que a lei comine pena de reclusão ou detenção. Com efeito, a finalidade desse dispositivo era apenas a de diferenciar crimes e contravenções por ocasião da entrada em vigor concomitante do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, em 1º de janeiro de 1942. O dispositivo, porém, não tem força de norma constitucional e pode, portanto, sofrer restrições por novas leis, como ocorre no caso em análise.²

Sendo assim, não há que se falar em descriminalização do uso, uma vez que a conduta embora possua punição mais branda, encontra-se devidamente tipificada.

O artigo 28 penaliza a conduta com as seguintes penas: de advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviço à comunidade e comparecimento à programa ou curso educativo.

Diante da redação do artigo 28 e de seu preceito secundário, é possível perceber que a punição para quem pratica as condutas tipificadas nesse artigo são muito brandas, ou mesmo ineficazes, uma vez que poucos efeitos surtem em seu caráter repressivo ou mesmo pedagógico.

Em oposição a isso, existe artigo 33 da mesma lei. Em que pese seu preceito primário ser muito próximo do artigo 28 no tocante as condutas tipificadas, seu preceito secundário é nitidamente mais repressivo possuindo uma pena de reclusão de 5 a 15 anos, conforme se observa abaixo:

Após essa breve análise fica evidenciado que existe grande diferença na aplicação da pena a depender do enquadramento e da tipificação que se imponha no caso concreto. Sendo assim, faz-se necessário traçar a diferença entre o usuário e o traficante, uma vez que essa diferença trará grandes consequências para os indivíduos no caso concreto.

Contudo, ainda que à diferença na tipificação possa trazer grandes consequências para os indivíduos no caso concreto, determinar o que fará a diferença entre o usuário de drogas e o traficante de drogas nem sempre será tarefa fácil, o que pode acabar acarretando injustiças quando o enquadramento for equivocado. Para isso, basta que pensem em alguém que sendo usuário venha a ser condenado como traficante. Sendo assim, o que seria um simples equívoco quanto ao correto enquadramento do tipo penal possui consequências desastrosas para o indivíduo.

Diante da possibilidade de ser cometida uma injustiça tendo como base esses parâmetros, existem autores que chegam a defender que na dúvida quanto à correta

²GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89.

tipificação, deverá ser considerada a tipificação mais benéfica para o acusado, ou seja, se estiverem na dúvida se estão diante de um usuário ou um traficante, que seja o acusado considerado como usuário, trazendo consequências penais bem mais benéficas, conforme já verificado acima:

A diferenciação, portanto, continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística. O elemento subjetivo, por isso, é apontado como fundamental para a correta subsunção da conduta, registrando-se que a dúvida entre uma hipótese e outra (tráfico e consumo) deve resolver-se em favor da hipótese mais benéfica ao acusado.³

Outra crítica que costuma se apresentar consiste na ausência de uma tipificação intermediária entre as duas condutas, tipificação esta que pudesse servir como penalizações gradativas, possibilitando que as condutas fossem corretamente tipificadas reduzindo assim, a “margem de erro” ao punir usuários ou traficantes, conseqüentemente reduzido as injustiças na aplicação do que determina o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, segue o trecho abaixo:

Especificamente ao se referir à distinção entre as ações, para fins de tipificação e aplicação da pena, critica Salo de Carvalho a disparidade entre as quantidades de penas, e a inexistência de tipos penais intermediários que levem a graduações proporcionais, diante de uma zona cinzenta entre o mínimo e o máximo da resposta penal, com a previsão de 18 verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33.⁴

Sendo assim, é possível notar que a diferença na tipificação para determinar se estamos diante de usuário do artigo 28 ou de um traficante do artigo 33. Já na doutrina possui grande divergência, e, desde sua origem o tema é conturbado, principalmente por conta da ausência de proporcionalidade entre a aplicação de ambas.

Se na doutrina já é possível notar essas divergências quanto às corretas tipificações, na prática essa dificuldade fica ainda mais evidenciada, o que acarreta muitas discussões jurisprudências e uma infinidade de recursos sobre a temática, sendo em sua maioria o debate quanto à tipificação correta, se do artigo 28 ou do artigo 33.

Ante ao que se apresenta até aqui é que repousa a discussão quanto à constitucionalidade ou não do artigo 28 da Lei n° 11.343 de agosto de 2006. Pois, conforme explicitado, o artigo 28 não possui um preceito secundário, levando a alguns autores a

³BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito, n. 1). p.37

⁴Ibid.

sugerirem que houve uma despenalização do usuário. Retirando assim a eficácia da norma, uma vez que não possui uma penalização para a tipificação adequada:

Em breve análise comparativa entre o projeto proposto pelo Executivo e o texto que restou aprovado pelo Congresso nota-se que, com relação à posse de drogas ilícitas, ambos se mostram bastante semelhantes, e seguem a linha da despenalização do uso. A rejeição de sanções privativas da liberdade em caso de reincidência também se mostra um ponto positivo adotado pela nova Lei e que já constava do projeto apresentado.⁵

Diante de todo o exposto é que surge o objeto do presente trabalho. Em sede de Recurso Extraordinário o Supremo Tribunal Federal foi confrontado a manifestar-se quanto à constitucionalidade do artigo 28, onde, conforme mencionado acima está cercado de controvérsias e questionamento, dentre os quais está a constitucionalidade do artigo 28, que tem os questionamentos baseados nos motivos que serão apresentados nos capítulos que se seguem.

2. EVOLUÇÃO DA DESPENALIZAÇÃO DA POSSE/ PORTE DE DROGAS E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Antes de iniciar a análise da possível inconstitucionalidade propriamente dita, far-se-á uma pequena menção quanto à evolução da tipificação da conduta de posse/porte de drogas para uso pessoal, o que difere da conduta para fins de tráfico, conforme demonstrado no capítulo anterior.

Para melhor visualizar essa “evolução”, se faz necessário, antes de adentrar na atual legislação de drogas (Lei nº 11.343 de agosto de 2006), destacar a previsão existente na lei de drogas anterior a atual, ou seja, a Lei nº 6.368 de outubro de 1976.

Conforme era disposto no art. 16 da Lei nº 6.368 de outubro de 1976, a conduta de porte, ainda que para uso próprio, era considerada “crime”, punida com a pena de detenção de 6 meses a dois anos, bem como pagamento de multa.

Entretanto, em que pese existisse a penalização da conduta acima descrita, ainda que o agente fosse flagrado cometendo tal delito, este, em regra, não seria mantido preso, uma vez que o crime descrito seria de competência dos juizados especiais criminais, conforme

⁵Ibid., p. 34.

disposição do art. 61 da Lei n° 9.099 de setembro de 1995, sendo possível, portanto, um abrandamento na punição ao delito culminado.

Nessa mesma linha de pensamento, há os doutrinadores Greco Filho e Daniel Rassi:

A alteração é relevante porque amplia a possibilidade do enquadramento no tipo mais benéfico das condutas quando para consumo próprio ou de outrem em caráter pessoal, ou seja, sem o animus de disseminação.⁶

[...] o texto atual, portanto, é mais amplo e benéfico, abrangendo situação que era antes considerada injusta, a de se punir com as penas do então artigo 12 aquele que, por exemplo, dividia a droga com companheiros ou a adquirida para consumo doméstico de mais de uma pessoa.⁷

Já Luiz Flávio Gomes, assim ressalta:

A posse de droga para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão. Doravante está sancionada com penas alternativas, que serão impostas pelos Juizados Criminais. Aliás, depois que a infração do artigo 16 passou para os Juizados Criminais, nenhum usuário mais foi condenado à pena de prisão, salvo em casos excepcionalíssimos.⁸

Dessa forma, ainda que as sanções penais para artigo 16 da Lei n° 6.368 de outubro de 1976, por força da Lei n° 9.099 de setembro de 1995 sejam apenas penas alternativas, tais como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, de acordo com a disposição do próprio artigo, não se deve retirar o caráter criminoso da conduta, devendo falar apenas em “despenalização”.

Entretanto, ainda que se possa afirmar que na previsão da Lei n° 6.368 de outubro de 1976 c/c a Lei n° 9.099 de setembro de 1995, houve uma despenalização da conduta, uma vez que as penas não são mais restritivas de liberdade, é possível afirmar que existia ainda uma tentativa de ressocialização do infrator.

Após breve menção da “penalização” do porte posse, na Lei n° 6.368 de outubro de 1976, será abordada a previsão constante no art. 28 da Lei n° 11.343 de outubro de 2006.

Diferente da previsão anterior, a atual lei de drogas (Lei n° 11.373 de agosto de 2006), em seu artigo 28, não comina pena de prisão ao agente, conforme existia na legislação

⁶ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.46.

⁷Ibid.,p. 48.

⁸GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas comentada: Lei 11.343/2006 de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.159.

supracitada. Diante disso, é possível afirmar que com o surgimento desta “nova” penalização existe uma “descriminalização formal”, sem que exista, no entanto, uma legalização para a prática da conduta.

Diante da previsão do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, alguns doutrinadores passaram a defender que a conduta descrita deveria ser considerada discriminada, mesmo que formalmente a droga não tenha sido legalizada.

Dessa maneira, é possível afirmar que descriminalizar significa retirar da conduta o caráter criminoso, mas, mesmo depois de discriminada, são mantidas as sanções aplicadas em âmbito penal, podendo afirmar, assim, que ocorreu uma descriminalização formal. Dessa forma, é retirado o seu caráter criminoso, contudo, se mantém a conduta na esfera penal. Em outras palavras, o fato deixa de ser crime, mas continua sendo considerado ilícito, tornando-se uma infração *sui generis*.

Seguindo o mesmo raciocínio, Luiz Flavio Gomes⁹ assim afirma: [...] o fato deixou de ser criminoso (em sentido estrito). [...] O artigo 16 foi apenas formalmente descriminalizado, mas a posse da droga, não foi legalizada”.

Ainda sobre o tema, o doutrinador salienta:

[...] a nova lei de Drogas, no artigo 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porquê de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração penal no nosso País¹⁰.

Conforme se observa acima, alguns doutrinadores passaram a entender que a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006 passou a ser despenalizadora, uma vez que a pena privativa de liberdade foi abolida, restando somente penas que visam atingir única e exclusivamente as condutas do usuário de drogas, servindo a estes como auxiliares na recuperação e reinserção social. Contudo, outra corrente entende que ocorreu uma descriminalização, ainda que de maneira formal e sem que a droga tenha sido legalizada.

Para a corrente que defende a descriminalização, tal fato se deu porque a conduta não é mais considerada crime, pois de modo algum é autorizada a liberdade do agente.

Entretanto, as jurisprudências do STF e do STJ não adotaram tal entendimento, pois, para esses tribunais, o porte/posse de drogas para uso pessoal foi apenas despenalizado, permanecendo ainda como crime, conforme se observa no Superior Tribunal de Justiça com HC nº 339.592/SP e no Supremo Tribunal Federal com o HC nº 430.105/RJ.

¹⁰Ibid., p. 147.

É possível destacar tal entendimento pelo trecho retirado do HC nº 339.592-SP Rel. Ministro Ribeiro Dantas.

No julgamento supracitado, a defesa pleiteou o reconhecimento da descriminalização de uma condenação anterior baseada no artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006. Dessa forma pleiteando, então, a não reincidência. Caso conseguisse o reconhecimento da descriminalização, o Réu passaria a ser novamente primário podendo usufruir dos benefícios da primariedade.

Abaixo dois trechos muito esclarecedores do Julgado.

A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, caput, da lei de drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e impedir a aplicação do redutor da art. 33, §4º, da referida lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nessa Corte, não houve descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, mas apenas a despenalização.

Corroborando com o exposto, é possível extrair o trecho abaixo:

Quanto ao pedido de afastamento da agravante da reincidência e da aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, não assiste razão à defesa. Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator. Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, assim como para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da referida Lei.

Já o Supremo Tribunal Federal, manifestou-se no sentido de que o art. 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, trata-se de uma infração penal *sui generis*.

Tal entendimento foi firmado no julgamento do RE nº 430.105/RJ Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado esse que faz parte do informativo 465 do STF.

Abaixo trecho do julgado esclarecendo tal posição à época adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição[...]

Diante do exposto, foi possível avaliar a evolução do conceito legal do porte/posse de drogas para uso pessoal, bem como a matéria vem sendo interpretada pelos tribunais superiores.

No próximo capítulo será abordada à doutrina que defende a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, assim como a possibilidade da mudança de entendimento do STF diante da votação do HC RE nº 635.659, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE AGOSTO DE 2006

Conforme se demonstra nos capítulos anteriores, se faz necessário diferenciar, juridicamente, o porte/posse de drogas para uso pessoal para o tráfico de drogas. Bem como foi evidenciada a grande diferença legal na penalização das condutas, ainda que os preceitos primários sejam muito semelhantes.

Dito isso, deve ser pontuado que o bem jurídico tutelado no art. 28 da Lei de Drogas é a saúde pública, sendo esse o mesmo bem jurídico que se pretende proteger no art. 33 desta lei. Sendo assim, em primeira análise, se está incorrendo em uma ofensa ao postulado da proporcionalidade, sob o aspecto da proteção deficiente, uma vez que a constituição em seu art. 5º, XLIII determina expressamente a criminalização do tráfico de drogas equiparando a crime hediondo, de forma que, não faz sentido tutelar a posse para uso pessoal apenas com uma advertência, sendo essa uma conduta que *a priori* tem por objetivo tutelar o mesmo bem jurídico.

Assim, de um lado existe um crime hediondo com pena cominada de 05 a 15 anos, e de outro, existe apenas uma simples advertência para crimes que possuem o mesmo bem jurídico tutelado.

Diante disso, através de uma interpretação sistemática, o bem jurídico tutelado no artigo 28 não pode ser o mesmo que do artigo 33, sob pena de estar diante de uma penalização baseada em questões unicamente morais/sociais. Sendo assim, o argumento que deve ser aceito é que o porte de drogas para uso pessoal não afeta a saúde pública, ainda que seja esse o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, uma vez que o bem jurídico a ser tutelado não pode ser a saúde pública, o que se justifica se compararem com a punição do tráfico de drogas

que se encontra no rol dos crimes hediondos. Dessa forma, quando se está a falar da posse para uso pessoal, terá apenas, e quando muito, a saúde individual do usuário, não devendo o estado se imiscuir nas escolhas individuais, dessa forma, o que não deveria ser apenado, uma vez que se está diante da autonomia da vontade privada:

Corroborando com o exposto o trecho abaixo:

O uso de drogas é só um dos exemplos de comportamento individual arriscado, potencialmente capaz de causar dano ao próprio indivíduo, um ser racional, livre e capaz, que o escolheu. Uma sociedade amadurecida e democrática compreende que os riscos são inerentes à vida adulta e que a intervenção estatal no controle dos comportamentos potencialmente autolesivos não deve se valer do sistema penal, orientado para as ofensas que transcendam a esfera individual.

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua “Introdução aos princípios da moral e da legislação”, que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, impor leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos.

Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (arts. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais); e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constitui crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP).¹¹

Deve ser destacado que ainda na vigência da antiga lei de drogas (Lei nº 6.368 de outubro de 1976), o Supremo Tribunal Federal pontuou o equívoco de criminalizar uma conduta que não é passível de expor a um perigo indeterminado ou a incolumidade pública, mas encontra-se apenas na esfera da autonomia privada:

ENTORPECENTES: POSSE PARA USO PRÓPRIO: INEXISTÊNCIA DO CRIME OU, DE QUALQUER SORTE, DE PROVA INDISPENSÁVEL À CONDENAÇÃO: HABEAS CORPUS DEFERIDO POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de entorpecentes (L. 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar - segundo a doutrina subjacente à lei - como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas" (Hungria).

2. De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente

¹¹BARROS, Régis Pedrosa. Sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72291/sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso. (HC 79189, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ de 09-03-2001).

Ante o exposto, tem-se por pressuposto que o artigo 28 da atual lei (Lei nº 11.343 de agosto de 2006) de drogas infringe a autonomia privada, um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal, bem como por subverter as bases do Direito Penal, ofendendo aos princípios da alteridade e da proporcionalidade.

A autonomia da vontade privada, também conhecida simplesmente por autonomia da vontade, encontra-se no âmbito de proteção dos direitos fundamentais devendo ser entendida como um espaço contínuo, isso é, possuindo uma intensidade normativa a partir de seu núcleo essencial. Nessa linha, a doutrina civilista faz diversas distinções no que tange os bens protegidos pelos direitos da personalidade: o direito a intimidade da vida privada possui um núcleo essencial, o que é designado de “esfera de segredo”, contudo, estende-se, ainda, a outras camadas mais abrangentes, como a “confidencialidade” e o “resguardo”. Nessa esteira, existe também o direito a honra, entendida como a moral propriamente dita, ao decoro, ao bom nome ou a reputação. Tal entendimento pode ser aplicado à toda generalidade de direitos das liberdades.¹²

Dessa forma, é possível afirmar que a autonomia da vontade privada possui proteção constitucional, conforme se extrai do art. 5º, X da Constituição Federal. Atualmente podem compreendê-lo como um princípio-gênero, onde temos a autonomia da vontade privada como uma espécie de extrema relevância.

O conceito de liberdade pode ser muito amplo. Nas palavras de José Afonso da Silva, são englobadas diversas temáticas, tais como: a liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção e circulação); liberdade de pensamento (liberdades de opinião, de religião, de informação, artística e de comunicação e de conhecimento); liberdade de expressão coletiva (liberdades de reunião e associação), liberdade de ação profissional (livre escolha de profissão e liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão), liberdade de conteúdo socioeconômico (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, autonomia contratual e liberdades de ensino e de trabalho).¹³

Dessa forma, sem autonomia para se autodeterminar, o indivíduo não poderia traçar seus próprios objetivos de vida, estaria assim, sendo tolhido em seu direito ao livre

¹²ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 176.

¹³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 235.

desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, se pode concluir que a autonomia privada encontra seu fundamento na constituição, sendo assegurado ao indivíduo o direito de se autogerir sob sua própria responsabilidade, sua vida e de sua personalidade.

Sob o prisma da primazia da autonomia da vontade privada, o STF em um julgamento concernente as uniões homoafetivas, reforçou que a autonomia da vida privada encontra fundamento em bases constitucionais. Tal decisão se deu em controle abstrato de constitucionalidade, dessa forma, tal decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Abaixo segue decisão supracitada:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011).

Com efeito, ao analisar os parâmetros do controle de constitucionalidade das leis penais, em destaque aquelas cujo objetivo é a contenção de riscos, é notório que o bem jurídico a ser tutelado não justifica a intervenção estatal a ele determinada, uma vez que a ofensa observada não extrapola a esfera pessoal do agente, limitando-se apenas a autonomia da vontade privada. Sendo assim, não há meios para a imposição estatal frente à descrição normativa ante a ausência de alteridade. Nesse ponto, pode-se destacar as palavras de Fernando Capez:

Alteridade ou transcendentalidade: proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o

bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero).

Ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo. Não há lógica em punir o suicida frustrado ou a pessoa que se açoita, na lúgubre solidão de seu quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.

Tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, segundo o qual “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente —, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”.

Por essa razão, a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros, como na autoagressão cometida com o fim de fraude ao seguro, em que a instituição seguradora será vítima de estelionato.¹⁴

Portanto, ante a todo o exposto, é possível concluir pela ausência de preceitos criminológicos, o artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006, se revela incompatível com as garantias constitucionais de intimidade e da vida privada. Sendo incompatível, em especial, com a vedação constitucional a criminalização de condutas que estão apenas na esfera pessoal do agente, ou seja, na autonomia da vontade privada.

CONCLUSÃO

Inicialmente, o presente trabalho tinha por intenção analisar o posicionamento do STF na votação do RE nº 635.659, que tinha previsão de julgamento para o dia 06/11/2019, contudo, o julgamento foi retirado de pauta em 29/10/2019. Aliado a retirada de pauta, o mundo foi acometido pela pandemia de COVID-19, o que impossibilitou que a temática retornasse a pauta do Supremo em tempo hábil para ser analisada nesse presente trabalho. Dessa forma, se passou a analisar os motivos que levaram tal questionamento ao STF.

Com base em todo o exposto ao longo da pesquisa, é possível notar um abrandamento quanto à punição do usuário de drogas, para tanto foi analisada a antiga lei de drogas (Lei nº 6.368 de outubro de 1975) e sua aplicação prática após a entrada em vigor da lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099 de setembro de 1995). Após ter demonstrado um “abrandamento” da tipificação, já estando diante da atual lei de drogas (Lei nº 11.343 de agosto de 2006) apontou-se os motivos pelas quais seria possível ser pleiteada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 de agosto de 2006.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V.1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

A problemática central do trabalho se deu no sentido de analisar os principais aspectos que levaram ao questionamento da possível inconstitucionalidade do artigo supracitado que foi se intensificando na sociedade e na doutrina chegando ao ponto de tal questionamento ter chegado ao Supremo Tribunal Federal, através do RE nº635.659. Dessa forma, em breve será visto a manifestação da corte máxima do nosso judiciário quanto às questões suscitadas no presente trabalho.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que em breve se estará diante de um abrandamento ainda maior quanto ao tratamento legal dispensado à posse/porte de drogas para uso próprio, pois, como se demonstrou é possível perceber uma escalada crescente nesse sentido, conforme ficou evidenciado no presente trabalho através da evolução histórica do comportamento tipificado. Devendo apenas ser observado o caminho que será adotado pela corte suprema, se continuará a interpretação pela natureza despenalizadora do artigo 28, ou se ocorrerá a declaração de sua inconstitucionalidade. Sendo certo que ambas as possibilidades apontam para um abrandamento dessa tipificação, conforme se apresentou ao longo da presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2 .ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROS, Régis Pedrosa. Sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72291/sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BOITEUX, Luciana et al. *Tráfico de drogas e Constituição: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito, n. 1).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm#art60%C2%A73>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – Prevenção – Repressão*. São Paulo: Saraiva, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de drogas comentada: Lei 11.343/2006 de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. São Paulo: Forense grupo Gen, 2019, [e-book].

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.