

## **A (in) constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas à luz dos direitos fundamentais**

### **The (in) constitutionality of article 28 of the drugs law in the light of fundamental rights**

---

*Diogo Pinto Mendes Carlos*

*Nicolas Guimarães Novais Pinto Mendes*

*João Pedro Felipe Godoi*

*Anny Carolina Nogueira Lods*

*Aline Félix Foggiato*

*Henrique Massari Pereira*

*Rafael Henrique Lemes da Rosa*

*Murilo José Martins e Silva*

*Matheus Conde Pires*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.31

## RESUMO

O presente estudo terá por escopo verificar a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, também conhecida como a “Lei de Drogas”. A análise terá por ponto de partida a apresentação de tal dispositivo, visando demonstrar duas correntes distintas sobre o mesmo tema, especificamente no que toca ao porte de drogas para consumo próprio. A primeira corrente entende pela constitucionalidade da criminalização sob o viés de tratar-se de possibilidade de perigo abstrato, considerando a proteção coletiva, alegando que a difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões que justificam a constitucionalidade do dispositivo mencionado. Contudo, uma segunda corrente compreende pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio, considerando a análise de diversos fatores, sobretudo o princípio da lesividade, bem como o direito à intimidade. Depois de debruçar-se sobre o dispositivo legal, enfrentando as diferentes correntes sobre o tema, passa-se a analisar a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, com base na decisão do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

**Palavras-chave:** direito penal. lei de drogas. constitucionalidade. direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to control the (in) constitutionality of art. 28 of Law No. 11,343 of 2006, also known as the “Drug Law”. The analysis will have as a starting point and the presentation of such a device, the same with the objective of demonstrating two distinct characteristics about drugs, specifically with regard to the possession of own consumption. The first current understands the criminality of criminalization under the bias of dealing with the constitutional possibility of abstract danger, considering the constitutional protection of the drug, claiming that the diffusion of the drug to be avoided and of the very person who is used as a justification for drug addiction makes the mentioned device. However, a second current comprises the unconstitutionality of the criminalization of possession of drugs for their own consumption, considering the analysis of several factors, especially the principle of activity, as well as the right to privacy. After the Court of the Court of Extraordinary Issues, the view of the Supreme Court of Justice on 5 Extraordinary Issues 635.6/SP is analyzed.

**Keywords:** criminal law. drug law. constitutionality. fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

O debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas vem ganhando força, sobretudo pelo reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, relativamente ao porte de entorpecentes.

Nesse sentido se impõe a justificativa da presente pesquisa, na medida em que o julgamento acerca da questão ainda não foi finalizado, vislumbrando-se, então, a atualidade do tema. A problemática do presente trabalho se faz representada na seguinte indagação: Seria o artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 (in)constitucional?

Em um primeiro momento a pesquisa aborda as noções gerais acerca do citado dispositivo, bem como do direito à intimidade e do princípio da lesividade. Após, adentra-se em especificidades e debates doutrinários acerca de sua inconstitucionalidade, assim como contribuições do direito comparado sobre a temática. Por fim, tem-se uma análise dos votos proferidos até o presente momento no julgamento do Recurso Extraordinário no 635.659/SP.

O método utilizado é o dedutivo, e a hipótese levantada é a de que o artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 é inconstitucional, ante a violação ao direito à intimidade e ao princípio da lesividade.

## **ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006, DIREITO À INTIMIDADE E PRINCÍPIO DA LESIVIDADE: BREVES APORTES TEÓRICOS**

O combate às drogas por meio da lei anterior (Lei 6.368 de 1976) deixou de trazer resultados positivos na medida em que a sociedade foi evoluindo. A ausência de fiscalização, a repressão, bem como o combate ao mercado e uso de drogas foram responsáveis para o surgimento da Lei 11.343 de 2006. O reconhecimento da necessidade em se buscar mudança fez surgir uma nova perspectiva buscando formas alternativas por meio da justiça restaurativa, que visa livrar o usuário do vício e permitir que ele exerça sua autodeterminação, expressando o seu direito à dignidade, conforme estabelecido pela Constituição Federal. Trazendo o enfoque para o artigo 28 da referida lei, tem-se:

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.

Em análise sobre a criminalização da mencionada conduta, César Dário Mariano da Silva (2016, p. 45) argumenta que a nova legislação inaugurou relevantes modificações, sobretudo no que tange ao tratamento destinado ao usuário, que passa a ser tratado de modo especial, não podendo impô-lo pena privativa de liberdade, subsistindo, no entanto a criminalização da conduta, sendo possível a imposição de penas restritivas de direitos. Prossegue afirmando que, tendo em vista encontrar-se inserido no Capítulo destinado aos crimes e penas, o artigo 28 da Lei de Drogas tipificou a conduta de portar drogas para consumo pessoal, na medida em que a própria legislação cuidou em alocá-lo como uma conduta criminosa (SILVA, 2011, p.46).

No mesmo sentido, Fernando Capez (2017, p. 626) destaca que não houve a descriminalização da conduta, tendo em vista o já mencionado argumento de que a própria lei o inseriu no capítulo referente aos crimes e às penas, bem como que a sanção somente pode ser exarada por um juízo criminal mediante o devido processo legal, não sendo possível uma autoridade administrativa fazê-lo.

No que concerne o direito à intimidade, tem-se a sua consagração no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º 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:

X - 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;

O direito à intimidade é aquele que tutela as projeções mais íntimas da vida particular do ser humano, isto, porque tais projeções humanas não se destinam ao saber alheio ou de uma coletividade, dado que as tais situam-se no círculo mais fechado da vida privada, concluindo-se que até seus pensamentos mais secretos continuem resguardados a si.

É um total isolamento, refúgio ou esconderijo do indivíduo, um direito fundamental do ser humano. Alexandre de Moraes entende que a intimidade se relaciona com as relações no âmbito da subjetividade e do trato íntimo, de modo que a vida privada se encontra envolta com as demais relações humanas, “inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc (MORAES, 2017, p. 57)”.

André Ramos Tavares (2012, p. 676) por sua vez, compreende a intimidade como tudo que abarque única e exclusivamente à pessoa em si mesma, suas individualidades, modos de ser, pensar e agir, no âmbito reservado, alheio à terceiros. O autor também estabelece diferenciações entre intimidade e vida privada, de sorte que a primeira se relaciona na camada ou esfera mais reservada, de acesso restrito ou vedado. Por outro lado, a vida privada se impõe em um âmbito protetivo inferior, em que “muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização (TAVARES, 2012, p. 676)”.

A partir do princípio da ofensividade ou lesividade, por seu turno, extrai-se que a norma possui dois preceitos: primário e secundário. O preceito primário delimita o âmbito do proibido, concedendo proteção a um valor. O preceito secundário cuida do castigo, punição a quem não respeitar o limite do âmbito proibido, ofendendo conseqüentemente o bem jurídico alheio. Neste sentido, aduz Rogério Grecco (2017, p.132):

A primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressada pelo brocardo latino *cogitationis poenam non patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais. Não há como, por exemplo, punir a ira do agente ou mesmo a sua piedade. Se tais sentimentos não forem exteriorizados e não produzirem lesão a bens de terceiros, jamais o homem poderá ser punido por aquilo que traz no íntimo do seu ser. Seria a maior de todas as punições. O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem ao âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão ou mesmo com a tentativa de suicídio.

O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação, assim como desvalor do resultado. Sem ambos os desvalores não há injusto penal.

Segundo André Estefan e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2020, p.188) o princípio da ofensividade cuida do último, isto é, da exigência de resultado jurídico ou normativo. E mais, limita-o à presença da efetiva lesão ou do perigo real ou concreto, excluindo, destarte, o perigo abstrato ou presumido.

Acolhendo-se este princípio, portanto, tornam-se inconstitucionais os crimes de perigo abstrato (ou presumido). Nestes, o tipo penal se limita a descrever uma conduta, presumindo-a perigosa. O perigo, portanto, não figura como elementar do tipo. Trata-se de um princípio fundamental, de acordo com as normas constitucionais, para que o fato seja penalmente incriminável

pelo Direito Penal.

## O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº635.659/SP E AS CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Em 09 de agosto de 2010, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário contra decisão do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal de Diadema-SP. O caso em tela tratava de paciente condenado a sentença de 02 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade, em função de infração prevista no artigo 28, caput, da lei 11.343/2006. A Defensoria Pública, em sede recursal, persegue a declaração incidental de inconstitucionalidade do mencionado artigo, com fundamento na suposta violação do direito à intimidade e à vida privada, bem como do princípio penal da lesividade. Tem-se, a partir de então, uma intensa reflexão e discussão no que tange a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de drogas.

Maria Lúcia Karam (2013, p. 06) argumenta que legislações nacionais ou internacionais que ensejam na proibição de condutas de produção, comercialização e consumo de drogas arbitrariamente eleitas como ilícitas, acabam por criar delitos sem vítimas, em face da mera criminalização da posse de tais substâncias ou comercialização entre indivíduos adultos, e desse modo, segundo a autora, viola-se a exigência da ofensividade da conduta penalizada.

Para que se tenha a criminalização de determinada ação ou omissão, exige-se que a mesma ofenda ou cause risco a relevante bem jurídico alheio, na medida em que, na vigência de uma democracia, não é legítimo um Estado que intervenha em condutas que não dizem respeito a um risco concreto, direto e imediato a terceiros. Nessa esteira, Karam (2013, p. 06) compreende que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal não se amolda em uma relevante lesividade a terceiros, limitando-se a uma autolesão.

Cesar Dario Mariano da Silva (2016, p. 43), em sentido contrário, discorrendo sobre o artigo 28 da lei de drogas, argumenta que, tendo em vista tratar-se de um crime de perigo abstrato e coletivo, é prescindível a demonstração de real exposição de perigo de dano a outrem. Ademais, anseia-se tutelar a saúde da coletividade, prejudicada quando se vislumbra a circulação de substâncias aptas a acarretar dependência física ou psíquica.

Discorrendo acerca da suposta inconstitucionalidade de tal artigo em face de uma violação ao direito à intimidade e a ao princípio da lesividade, o autor compreende que tais argumentos não se sustentam:

Não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade (SILVA, 2016, p.48)

Prossegue afirmando que em que pese o uso de drogas prejudicar a saúde do usuário, a saúde da coletividade também é atingida, cabendo ao Estado tutelar seus cidadãos para que os mesmos não sejam acometidos pelos males causados pelo uso de drogas (SILVA, 2016, p. 48). Nessa toada, Renato Brasileiro de Lima (2017, p.706) destaca que

por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas.

Segundo o autor, mostra-se comum a relação entre o consumo de drogas pelo usuário de entorpecentes e a prática de demais ilícitos penais, para que desse modo sustente seu vício, além do fato de que a aquisição de drogas tende a representar um estímulo ao tráfico. Ressalta também que, em que pese não se concretizar a eficácia almejada pela criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, não se pode cogitar a renúncia do direito penal para inibir tal prática, pois dessa forma, o mesmo teria de ser feito em outros tipos penais (LIMA, 2017, p.706).

A tutela, ainda que de certa forma abstrata, da saúde pública representa questão elementar a justificar a constitucionalidade do dispositivo legal em debate, conforme exposições de autores adeptos a essa compreensão. Contudo, há autores que divergem quanto ao tema.

Luís Carlos Valois (2017, p.434) destaca o abandono de hospitais, da precariedade na prevenção de doenças, bem como da ausência de saneamento básico, como elementos imperantes na sociedade, que portanto, permitem questionar a legitimidade que o poder punitivo do Estado possui para impor sanções tão gravosas para um delito considerado contra a saúde pública, na medida em que a mesma já se mostra rotineiramente prejudicada pelo descaso do próprio Estado.

Essa questão representaria um caráter classista da respectiva criminalização, visto que em uma sociedade que não goza do mínimo de amparo social, faz-se inviável esperar que esta tenha preocupação com os tipos de substâncias que circulam (VALOIS, 2017, p. 435).

O suposto zelo pela saúde da coletividade também esbarra em outras questões, cabendo destacar a quantidade de substâncias nocivas à saúde humana que são aceitas moral e socialmente, e, por conseguinte não representam um *locus* de atuação do direito penal.

Em estatística divulgada pelo Ministério da Saúde<sup>1</sup>, verificou-se que a dependência de álcool afeta cerca de 20 milhões de pessoas, representando 12% da população adulta brasileira. Ademais, o álcool é responsável por 90% dos óbitos decorrentes por uso de drogas (lícitas e ilícitas), vislumbrando-se então o impacto negativo que o mesmo causa na sociedade, de modo mais gravoso que as substâncias ilícitas objeto de tutela pelo direito penal. Dessa maneira, como última *ratio* do ordenamento jurídico, o direito penal não deve criminalizar conduta que não venha a afetar de fato o bem jurídico tutelado, no caso em tela, a saúde pública (ARAÚJO, 2012, p.285).

Acerca do princípio da lesividade, Nilo Batista (2007, p.91), citando Claus Roxin, aduz que somente se legitima que um indivíduo seja punido, caso a conduta do mesmo lesione concretamente direito alheio, não cabendo ao direito penal tutelar condutas antiéticas e imorais. Em face desse axioma, não se permite a autolesão, de sorte que se veda a incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Segundo o autor, a incriminação do uso de drogas representa “franca oposição ao princípio da lesividade (BATISTA, 2007, p. 91)”.

Logo, a partir do momento em que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal não é prejudicado, o princípio constitucional da lesividade, extraído do artigo 98 da Constituição Federal, é violado (ARAÚJO, 2012, p. 286), e desse modo, cabe destacar o entendimento de Paulo Bonavides (1999, p. 396), que compreende que ocasionar uma lesão a um princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, de tal modo que se não houverem princípios, também não haverá ordem constitucional, e por conseguinte, se imperará a ausência de garantia às liberdades.

<sup>1</sup>Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/alcool-mata-9-vezes-mais-que-drogas-ilicitas/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Minist%C3%A9rio,subst%C3%A2ncia%2C%20como%20coca%C3%ADna%20e%20crack.>

No que concerne ao direito à intimidade, previsto na Constituição, há também o entendimento de que, tendo em vista ser um direito privado, o mesmo, dependendo do caso, deve continência a direitos de ordem coletiva, cabendo anotar que a segurança pública é um direito social destinado à coletividade, expressa no artigo 144 da constituição federal (ARRUDA; FLORES; BUENO, 2018, p. 134).

Desse modo, faria necessária a sua garantia, exigindo “do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais”(ARRUDA; FLORES; BUENO, 2018, p. 136). Logo, diante da problemática em debate, “para a dita harmonização entre direitos individuais e coletivos, o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada relativiza-se em prol da saúde e incolumidade públicas” (ARRUDA; FLORES; BUENO, 2018, p. 137).

De maneira antagônica compreende a Defensoria Pública paulista, por meio do Recurso Extraordinário analisado no presente trabalho. Argumenta-se que a conduta de portar drogas para consumo pessoal não abarca a necessária lesividade, diante do fato de que o respectivo comportamento reflete apenas o legítimo exercício da intimidade e vida privada do indivíduo, pois o uso de substâncias ensejaria em uma afronta única e exclusivamente à saúde do próprio usuário. A conduta não extrapola o âmbito do próprio indivíduo em sua intimidade, não cabendo ao Estado ingressar nessa esfera, sobretudo mediante uma intervenção pelo Direito Penal.

Fazendo remessa às experiências do direito comparado, pode-se mencionar a decisão da Suprema Corte Argentina e da Corte Constitucional Colombiana, que recentemente se debruçaram sobre o tema.

No caso argentino<sup>2</sup>, os ministros decidiram pela inconstitucionalidade de lei que incriminava indivíduos que portassem pequena quantidade de drogas para consumo pessoal. A decisão foi tomada com base em tratados internacionais, restando compreendido que por meio do direito à privacidade, tem-se um impedimento de ingerência estatal na situação narrada, na medida em que toda pessoa adulta é soberana para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja. Logo, em face da norma constitucional que assegura a privacidade, inabilitou-se que o Estado intervenha punitivamente com base única e exclusivamente em transformar consumidor de entorpecentes em partícipes de práticas delituosas.

No mesmo sentido entendeu a Corte Constitucional Colombiana, que veio a ratificar entendimento proferido desde 1994, manifestando-se pela inconstitucionalidade de dispositivo análogo ao do caso argentino.

Em análise de levantamento feito sobre legislação de drogas nas Américas e Europa realizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas<sup>3</sup> em 2015, vislumbra-se que na América do Sul, somente Brasil e Guiana não possuem um ordenamento jurídico em que a posse de drogas para consumo pessoal é descriminalizada, sendo notório, portanto, a relevância do presente debate no cenário jurídico brasileiro.

<sup>2</sup> CONJUR. *Leia decisão da Argentina sobre usuário de droga*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-31/leia-decisao-argentina-descriminaliza-porte-droga-uso-proprio>. Acesso em 23/05/2021.

<sup>3</sup> SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICA DE DROGAS/MJ. *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas, 2015*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em 23/05/2021.

## O STF E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N°635.659/SP

O mencionado Recurso Ordinário nº. 635.359/SP está em tramitação no Supremo Tribunal Federal desde 2011, dotado de repercussão geral. Três foram os votos já proferidos, que ensejaram uma divisão de entendimento na corte, em que de um lado o ministro relator Gilmar Mendes entendeu pela inconstitucionalidade da criminalização de todas as drogas, e do outro, os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin decidiram pela inconstitucionalidade da criminalização somente da maconha.

Quanto à proibição, Gilmar Mendes aduz que por esta, se compreende a adoção de medidas sancionatórias no que tange a produção, distribuição e posse de determinadas substâncias sem fins científicos ou medicinais. Logo, quando se fala em proibição, remete-se a uma política de drogas por intermédio de normas penais.

Noutro lado, a descriminalização enseja em retirar a ilicitude de uma conduta, o que, todavia, não significa uma permissão irrestrita para tal conduta, mas sim um controle por meio de medidas de natureza administrativa, e não penal. Entende o Ministro que o legislador buscou uma diferenciação no que tange o tratamento dado ao usuário e ao traficante, e, diante disso, torna-se completa violação do princípio da proporcionalidade a criminalização do primeiro.

Destaca a fundamental relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, de modo que ambos, estão intrinsecamente conectados com o princípio da proporcionalidade. Logo, em face dessa problemática, a produção legislativa em delitos de perigo abstrato pede uma grande atenção no que tange a fiscalização de sua constitucionalidade.

Discorre que a proteção que os indivíduos detêm contra indevidas interferências por parte do Estado, pode ser oposto com base na invocação ao princípio da liberdade geral, na medida em que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, na medida em que se veda eventuais restrições à autonomia individual da vontade que não possuam finalidade de estatura constitucional. Ao mesmo tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe que se reconheça uma margem de autonomia do indivíduo.

Entende o Ministro que o uso de drogas acarreta uma série de prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor, no entanto, conceber um tratamento criminal à sua utilização é política que colide frontalmente, de modo indevido, com o direito individual à vida privada e à autodeterminação do usuário.

Ainda que se adquira os entorpecentes em contato com traficantes, não se mostra justificável imputá-los as mesmas medidas inibitivas. Prossegue afirmando que esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Desrespeita-se a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde. Por fim, entende pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, afastando

do mencionado dispositivo quaisquer efeitos de natureza penal. Contudo, pontua o ministro, há a necessidade de medidas de caráter administrativo para tutelar e inibir o consumo de drogas.

O Ministro Luiz Edson Fachin argumenta que o consumo de drogas é uma conduta moralmente reprovável, e que a sua criminalização, na prática, busca a imposição de um padrão de conduta individual à coletividade, elegendo um modelo privado de moral individual, que se julgue digno e adequado. Contudo, em uma sociedade que celebre os valores da liberdade, deve-se negar imposição de modelos de virtudes individuais, bem como promover julgamento de condutas de um cidadão cujos efeitos são assumidos pelo próprio agente. Logo, as noções basilares da moralidade humana não deveriam ser impostas pelo Estado, pois o mesmo cabe exclusivamente ao âmbito da autonomia privada dos indivíduos.

Em seu entendimento, sob a luz da dignidade da pessoa humana, impera-se o impedimento que se utilize do direito penal para se impor valores morais individuais de ações e comportamentos que não se atenham a concretas lesões a terceiros.

Quanto ao argumento de que os usuários de drogas geralmente se relacionam com a prática de diversos delitos, sobretudo para sustentar seus vícios, o Ministro destaca, citando Santiago Nino, que o respectivo indivíduo deve ser responsabilizado pelos ilícitos penais praticados, e não pelo consumo da droga em si, na medida em que tais condutas desembocam em danos à terceiros, o que não se vislumbra com a utilização de entorpecentes.

Para se apreciar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para consumo, há de se debruçar sobre eventual ofensividade do bem jurídico tutelado, necessitando, portanto, vislumbrar se de fato a referida ofensividade tem matriz constitucional. Sob tal prisma, compreende que a incriminação da “drogadição”, termo adotado pelo ministro, se faz presente em uma tipificação que incide sobre uma conduta pessoal e privada, embora em análise constitucional, tem-se uma vedação de se penalizar a personalidade.

Em que pese suas concordâncias com os argumentos do Ministro relator Gilmar Mendes, o Ministro Fachin apresenta certas diferenciações. Segundo ele, o artigo 28 da Lei de Drogas continua tendo eficácia para todas as drogas consideradas ilícitas, somente não tendo mais efeito em relação à maconha.

Na mesma linha, tem-se o início do voto oral proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que de antemão destaca que tendo em vista o recurso extraordinário discorrer a respeito da substância entorpecente denominada maconha, é nessa circunscrição que seu voto se limitará.

Em que pese a necessidade de se haver uma política que busque desincentivar e inibir o consumo de drogas, o modo pelo qual ela está imposta na atualidade faz com que as preocupações relativas à tutela da saúde pública fiquem em segundo plano. A abordagem de tal problemática por intermédio do direito penal e da repressão exige recursos cada vez mais abundantes, minorando possibilidades de investimento em políticas de prevenção, tratamento e educação.

A criminalização do consumo de entorpecentes intensifica uma dinâmica de exclusão e marginalização dos usuários e dependentes, o que, por sua vez, inviabiliza que os mesmos acessem os devidos tratamentos. Logo, conclui o Ministro, que os males acarretados pela atual política de drogas superam de modo relevante os seus benefícios, sobretudo ante o fato de que são as comunidades pobres que mais são o alvo de ação de tal política repressiva.

Prossegue, discorrendo sobre o direito à privacidade, em que compreende como um âmbito que se opõe a intervenções externas, sobretudo pelo Estado, na medida em que, o que se faz na intimidade particular, deve permanecer na esfera de discricionariedade e livre-arbítrio do indivíduo, em especial, quando não ofender bem jurídico alheio. Nessa esteira, ainda que se façam necessárias medidas de combate ao uso de substâncias ilícitas, fazê-las por meio do direito penal mostra-se uma forma autoritária e paternalista, de sorte que se veda ao indivíduo a discricionariedade de tomada de decisões.

No que concerne à lesividade necessária para se criminalizar o consumo de drogas, o Ministro entende que a referida conduta não extrapola o ambiente individual do usuário, haja vista que o principal bem jurídico prejudicado pela conduta é a própria saúde individual do agente. Ao criminalizar tal conduta, aplicando-se a mesma lógica, caberia ao Estado sancionar também a tentativa de suicídio, ou a autolesão, o que obviamente não merece prosperar.

Tratando-se da suposta lesão à saúde pública, Barroso entende que a respectiva lesão se apresenta de forma vaga, na medida em que se tem o álcool e o tabaco mais lesivos à coletividade, bem como, consoante já mencionado, a criminalização do consumo acaba por afastar o usuário do sistema de saúde.

Por derradeiro, ante a ausência de lesividade a bem jurídico alheio, para o Ministro a criminalização não se mostra o modo mais adequado para se lidar com a problemática, sobretudo em face dos males que acarreta, votando, portanto, pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme mencionado, há um relevante debate jurídico sobre a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. Diversos doutrinadores divergem entre si sobre este tema, que vem ganhando destaques nos Tribunais de todo o País. O principal fundamento de quem defende a constitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, em síntese, é que não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Fundamento este que vem perdendo força ao longo do tempo.

Com o Recurso Extraordinário nº. 635.359/SP, intensifica-se o debate sobre este tema, demonstrando cada vez mais a solidez da posição pela inconstitucionalidade da criminalização da conduta descrita ao longo deste trabalho.

Não havendo a pretensão de esgotar a problemática, de acordo com todo o material colhido ao longo da presente pesquisa, chega-se à conclusão sobre a inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, haja vista os contundentes argumentos desta tese.

Não se vislumbra irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não restaria caracterizada a necessária lesividade. Além do mais, a interferência do Estado na “autolesão”, fere o direito fundamental e individual à intimidade e autonomia da vida privada.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Vinicius Marcondes de. A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas. Série aperfeiçoamento de magistrado, 2012. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_281.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_281.pdf). Acesso em: 23/05/2021.
- ARRUDA, Rejane Alves de; FLORES, Andréa; BUENO, Maria Paula Azevedo Nunes da Cunha. A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e a sua constitucionalidade em face dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande-MS, v.4, n.1, p.116-138, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/555>. Acesso em 20/05/2021.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- BRASIL. Lei nº 11.343/06, 2006.
- 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 20/06/2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Voto Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em 20/06/2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Voto Ministro Luís Edson Fachin. Disponível em: [https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto\\_Semear/Integra\\_voto\\_Ministro\\_Fachin.pdf](https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Integra_voto_Ministro_Fachin.pdf). Acesso em 20/06/2021.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ESTEFAN, André; GONÇALVES; Victor Eduardo Rios. Coordenador Pedro Lenza. Direito Penal Esquemático, 9ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14ª edição. Niterói: Impetus, 2017.
- KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: [https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas\\_violacao\\_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf](https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf). Acesso em 23/05/2021.
- LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 4ª Edição. São Paulo: Método, 2016.
- MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 33ª Edição. São Paulo: Atlas. 2017.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Recurso Extraordinário 635659/SP. 9 ago. 2017. Disponível em: [https://mppr.mp.br/arquivos/File/RE\\_635659\\_Art\\_28\\_Recurso\\_DPE\\_SP.pdf](https://mppr.mp.br/arquivos/File/RE_635659_Art_28_Recurso_DPE_SP.pdf)

SILVA, César Dario Mariano da. Lei de Drogas Comentada, 2º Edição. São Paulo: Departamento de Publicações da APMB. 2016.33.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10ºed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALOIS, Luís Carlos. O direito Penal da guerra às drogas. 2º edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.