

UNIVERSIDADE TIRADENTES

SÉRGIO DANTAS DO ESPÍRITO SANTO NETO

**ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 À
LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635/659-SP**

Aracaju

2020

SÉRGIO DANTAS DO ESPÍRITO SANTO NETO

**ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 À
LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635/659-SP**

Artigo científico jurídico apresentado ao curso de Direito, sob orientação do prof. Júlio César do Nascimento Rabelo como um dos pré-requisitos para a avaliação da disciplina Trabalho de Conclusão de curso.

Orientador: Prof. Júlio César do Nascimento Rabelo

Aracaju

2020

ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 À LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635/659-SP

Sérgio Dantas do Espírito Santo Neto

RESUMO

O presente Artigo Científico Jurídico discorre acerca da descriminalização do artigo 28, previsto na lei 11.343/2006, à luz do recurso extraordinário 635/659-SP, demonstrando, dentro do ordenamento jurídico pátrio, a fundamentação jurídica e doutrinária pertinente à análise do estudo. Visando uma abordagem satisfatória acerca do tema em discussão, utilizou-se, como fundamento básico à elaboração deste estudo os votos proferidos no citado Rext., os diversos e distintos posicionamentos doutrinários pertinentes, com especial observância à legislação pátria. O assunto aqui discutido tem visível relevância para a comunidade científica, dada a necessidade de esclarecimento da descriminalização do artigo 28 da lei de drogas. O trabalho está dividido em capítulos, os quais possuem, em alguns casos, divisões por tópicos. Ao fim, são demonstradas as visões obtidas acerca do tema pesquisado.

Palavras-chaves: Lei de Drogas. Descriminalização. Recurso extraordinário. Consumo de drogas.

ABSTRACT

The present Legal Scientific Article discusses the decriminalization of Article 28, provided for in Law 11.343 / 2006, in the light of extraordinary appeal 635/659-SP, demonstrating, within the national legal system, the legal and doctrinal foundations relevant to the analysis of the study. In order to provide a satisfactory approach to the topic under discussion, the votes given in the aforementioned Rext. Were used as the basic foundation for the elaboration of this study, the different and distinct pertinent doctrinal positions, with special observance of national legislation. The issue discussed here is clearly relevant to the scientific community, given the need to clarify the decriminalization of Article 28 of the drug law. The work is divided into chapters, which in some cases have divisions by topic. At the end, the views obtained on the researched topic are demonstrated.

Keywords: Drug Law. Decriminalization. Extraordinary appeal. Drug use.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho acadêmico aqui apresentado, tem por finalidade a análise, de forma sintética, acerca da descriminalização do dispositivo que incrimina a posse de drogas para uso próprio, conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, tendo como base explanatória, o Recurso Extraordinário 635.659/SP, que trouxe ao Supremo Tribunal Federal esta discussão e trata de um tema bastante atual e debatido.

No presente trabalho será analisada a natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas, com breves comentários sobre a política de drogas e a questão da descriminalização do seu consumo, assim como uma breve análise a respeito da segurança jurídica nas decisões sobre o tema.

Mais a diante, será debatido o fundamento que levou o presente caso em estudo ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário ora analisado, questão atinente ao Direito Fundamental previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal (a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), passando-se, ainda, pelos institutos da privacidade e da autonomia individual, ponto relevante que é levantado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE 635.659/SP.

Ao final teremos o ponto em que trazemos uma breve digressão sobre os votos até então proferidos no Recurso Extraordinário acima mencionado, onde poderemos observar os principais posicionamentos dos Ministros que votaram até o momento. A relatoria deste tão mencionado recurso, foi atribuída, inicialmente, ao Ministro Gilmar Mendes e posteriormente foram também relatores os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

Este trabalho trata-se, pois, de uma breve revisão dos principais pontos que dizem respeito, principalmente, ao direito fundamental consagrado na CF/88, qual seja, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, abordando-se, de igual modo, acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, conforme os votos proferidos no RE 635.659/SP e de algumas doutrinas que tratam do assunto. Ao presente estudo, portanto, fora adotado o tipo de referencial teórico, buscando-se a realização de análises explanatórias que demonstrem as especificidades jurídicas, perante o ordenamento jurídico pátrio, a jurisprudência e a doutrina brasileira, da descriminalização do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Da lei 11.343/2006

2.1.1. A política de Drogas

A Lei 11.343 de 2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas- SISNAD, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social do usuário e dependentes de drogas, assim como a apreensão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Entre os artigos 3º e 17º, a Lei de Drogas trata não apenas das finalidades do SISNAD, como também de seus princípios e objetivos, de sua composição e organização, regulamentada pelo Decreto nº 5.912- 2006, e da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas. LIMA(2016, P.688)

Percebe-se claramente o objetivo da nova Lei de Drogas através do seu artigo 1º, que é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas. Entendendo que a pena privativa de liberdade, nesses casos, não contribui para resolver o problema social em questão, devendo ser encarado como um problema de saúde pública.

2.1.2. O artigo 28 da Lei 11.343/2006

Diferentemente da antiga lei de drogas - Lei nº 6.368/76, no seu artigo 16, o usuário de drogas enquadrado neste artigo estava sujeito a uma pena de detenção de 06 meses a 02 anos, além do pagamento de 20 a 50 dias multa.

Com a vigência da nova Lei de Drogas, em seu artigo 28, passou a prever as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, afastando a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo próprio. LIMA(2016, P.688)

Vale mencionar a justificativa do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 115, convertido na lei nº 11.343/2006, no parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do senado, vejamos:

O maior avanço do Projeto está certamente no seu artigo 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário de acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso de droga hoje pode lhe trazer. CABRAL (2004, p.2)

2.1.2.1. A Natureza Jurídica

Como leciona Renato Brasileiro de Lima, a partir do momento em que a nova Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06. Existindo basicamente 3 posições:

a) Descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*:

Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art.1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. Nesse sentido Luiz Flávio Gomes, pois, segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como crime, passando a funcionar como uma infração *sui generis* de menor potencial ofensivo.

b) Descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador:

Sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, há quem entenda que o artigo 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao direito penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final.

c) Descriminalização e manutenção do status de crime:

Despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam se rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sem redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime- como fez o artigo 20 da Lei nº 11.343/06- pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. Com efeito, de acordo com o artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão *entre outras*, constante no referido dispositivo Constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, com deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei 11.343/06 em um capítulo denominado. BRASILEIRO (2016, p. 700; 701)

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar sobre tal matéria no Recurso Extraordinário 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, relativa à eventual extinção da punibilidade do fato, firmou-se o entendimento que a supressão da pena

privativa de liberdade para as condutas relacionadas à posse de drogas para uso pessoal não desfigura a natureza penal das condutas ali tipificadas, ou seja, sua natureza jurídica é de crime.

3. DESPENALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

Durante um grande espaço tempo houve uma grande discussão relativamente à despenalização ou descriminalização do uso de drogas e, com isso, se com o advento da nova Lei de Drogas ocorreu *abolitio criminis* em relação a conduta prevista em seu artigo 28, porte de drogas para uso próprio.

Levantou-se questão de ordem no Supremo Tribunal Federal para pacificar a entendimento, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 430.105, firmou-se que houve a "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo das penas privativas de liberdade, conforme ementa que aqui transcrevo:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO/RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ 27.4.2007). PERTENCE (2007, p. 729;730)

3.1. Da segurança jurídica

No tocante a questão da segurança jurídica, através de uma singela análise a respeito de julgados recentes sobre a questão em debate, tem que a depender do entendimento pessoal do magistrado sobre tal ponto a consequência para quem responde pelo artigo 28 da Lei de Drogas pode variar entre o arquivamento da denúncia por ausência de justa causa e a condenação em uma das sanções previstas do citado artigo.

Vejamos trechos de uma recente decisão sobre o assunto, quanto ao entendimento que o artigo 28 da Lei de Drogas é tratado como uma conduta atípica e ensejando o seu arquivamento. Trata-se de uma decisão do Juizado Especial Cível e Criminal de Itabaiana/SE, em 17 de abril de 2017:

(...) Vistos. Relatório dispensado na forma do art. 81, § 3º, da Lei 9.099/95. Cuida-se de procedimento penal instaurado sob o procedimento sumaríssimo para apuração de conduta atribuído à parte demandada e dada como correspondente à hipótese penal contida no art. 28 da Lei de Tóxico. A pretensão, contudo, não comporta processamento ou acolhimento, devendo ser promovido o imediato trancamento dos procedimento penais em detrimento do demandado, ante a atipicidade material da conduta que lhe é atribuída, conforme razões que passamos a expor, sob pena de indevido constrangimento legal decorrente da sujeição aos atos do processo penal. **É que a simples posse, porte ou transporte de pequena quantidade de droga destinada ao consumo próprio, no nosso sentir, constitui conduta atípica, na medida em que insuscetível à violação do bem jurídico tutelado pela norma penal em destaque, já que tais quantitativos de entorpecentes são inaptos para colocar em risco a saúde pública ou integridade física das pessoas.**

[...]

Enquadrar a conduta de portar droga para consumo próprio como fato típico e legitimador da produção do mal de que decorre da aplicação do lei penal, foge de tal perspectiva, importando na imposição de grave pena a quem não lesionou bem de terceiros ou mesmo o colocou sob ameaça concreta de qualquer lesão, fugindo-se do escopo traçado pelo art. 3º da Constituição da República e resgatando caracteres próprios dos Estados Totalitários.

[...]

A intimidade e a vida privada não são direitos ilimitados; podem ser restringidas, como de fato são, quando se deparam com outros direitos fundamentais em aparente confronto como, por exemplo, na tensão “liberdade de imprensa x intimidade”, em que esta cede espaço àquela. O que não se admite é a existência de norma infraconstitucional que, por si só, diminua a eficácia de direito fundamental. Interessa, então, verificar se há na Constituição bem protegido pelo art. 28 da Lei de Drogas que tenha dignidade para limitar o disposto no inc. X do art. 5.º da CR. Alguns julgados firmam que “a razão jurídica da punição da posse de substância tóxica proibida é o perigo social que decorre de tal conduta, colocando em risco a saúde pública (...)”, sendo esta o bem jurídico que tradicionalmente se afirma tutelado pela norma em apreço.

[...]

Em resumo, tem-se em jogo, de um lado, a garantia inscrita no inc. X do art. 5.º da CR; de outro, o art. 28 da Lei de Drogas atua solitário, sem amparo em norma de calibre constitucional. Nessas condições, resulta evidente desequilíbrio, e daí sai a inconstitucionalidade do art. 28 tanto já referido. A inconstitucionalidade é mesmo flagrante!”(Disponível no site do IBCCRIM: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A_inconstitucionalidade-do-art.-28-da-Lei-de-Drogas). Concluo, portanto, convicto que a conduta descrita na inicial e demonstrada nos autos, por força dos primados constitucionais destacados acima e sob pena de agressão ao objetivo fundamental de que cuida o art. 3º, I, da Constituição da República, se revela atípica. Postas as razões, amparada nas normas e princípios referidos e reproduzido, por compreender que o processamento da pretensão penal configura constrangimento ilegal e por ter por material inconstitucionalmente atípica a conduta atribuída ao ator do fato, forte na inteligência do artigo 395,III,c/c artigo 647 e 648 do CPP, inadmito o processamento do presente procedimento penal, REJEITO A DENÚNCIA OFERTADA (fls. 35) e determino seu arquivamento por ausência de justa causa. (...)

Por outro lado, vejamos recente decisão que entende o referido como conduta típica e enquadrado em um dos incisos do artigo 28 da lei 11.343/2006. Cuida de decisão da comarca de Sananduva/RS, em 29 de maio de 2018:

(...) Relatório dispensado, nos termos do art. 81, §3º, da Lei nº 9.099/95. Decido. A denúncia imputa ao réu o crime de posse de entorpecentes (art. 28, caput, da Lei 11.343/06), uma vez que Genoir trazia consigo três pedras de crack, pesando 0,1 grama, para consumo pessoal, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Com efeito, a **materialidade** e a **autoria** estão comprovadas por meio do registro de ocorrência (fls. 05/06), auto de apreensão de substância entorpecente (fl. 07) e laudo pericial de fl. 09, além da prova oral colhida durante a instrução.

[...]

Nesse contexto, restou claramente comprovada a materialidade e autoria do delito de posse de drogas. Destaco que a posse de entorpecentes para uso próprio configura a conduta ilícita prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, independentemente da quantidade apreendida, por afetar o bem jurídico tutelado, que é a saúde pública.

[...]

ANTE O EXPOSTO, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão punitiva contida na denúncia, para o fim de **CONDENAR** o réu Genoir Rodrigues de Souza, já qualificado, como incurso nas sanções do art. 28, caput, da Lei n.º 11.343/2006.

[...]

Feitas tais considerações, aplico ao réu a pena prevista no art. 28, II, da Lei nº 11.343/06, qual seja, **prestação de serviços à comunidade**, pelo período de 02 meses, à razão de uma hora de serviço por dia de condenação, em entidade a ser definida pelo juízo da execução.

Podemos perceber que há sim uma notável insegurança jurídica quando o magistrado, diante de casos concretos similares, a depender do seu entendimento, ainda que “condutas iguais” leia-se conduta como aquela descrita no artigo 28 da lei de drogas regidos pelo mesmo diploma legal, tenha julgamentos distintos.

3.2. Violação do Artigo 5º, X da Constituição Federal

Mais recentemente, o uso de drogas previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 está sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

O artigo 5º, inciso X da Constituição Federal assim dispõe:

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.

[...]

Sem querer entrar no mérito da indenização pelos eventuais danos morais, os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. MORAES (2018, p. 188)

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc. MORAES (2018, p. 188)

3.3. Direito de Privacidade

A Constituição Federal tutela a privacidade no inciso X do Art. 5º, contemplando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Como ensina Luís Roberto Barroso, em seu curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os direitos individuais configuram uma espécie de direitos constitucionais, sendo tais direitos baseado no individualismo liberal, protegendo os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade. Destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado. Deles resultam, em essência, deveres de abstenção para a autoridade pública e, como consequência, a preservação da iniciativa e da autonomia privadas.

Entende-se que a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal. Na seara do Direito Penal, afirmam Zaffaroni e Pierangelli:

[...] todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

[...]

O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal. ZAFFARONI; PIERANGELI (2013, p. 95)

O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.

3.4. Autonomia Individual

Observando a doutrina do professor Carlos Santiago Nino, o princípio da autonomia constitui um plexo de direitos de liberdade que têm como conteúdo a vedação de interferências na esfera da subjetividade de outrem nos casos em que as atitudes autônomas não lesionem terceiros. NINO (1989, p. 425)

Como bem explanado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE 635.659/SP, que trata sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06:

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade. As pessoas têm, igualmente, o direito de escolher os seus prazeres legítimos. Há quem faça alpinismo, voe de ultraleve, participe de corridas de automóvel, ande de motocicleta ou faça mergulho submarino. Todas essas são atividades que envolvem riscos. Nem por isso são proibidas. O Estado pode, porém, limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Pois bem: o indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso note-se bem: o Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra educar e advertir a população. Mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais. Para poupar a pessoa do risco, o Estado vive a vida dela. Não parece uma boa ideia.

Entretanto, pode-se inferir que o papel fundamental da autonomia da vontade representa uma estruturação da vida comunitária, ao mesmo tempo em que se funda como referência ética para cada indivíduo em sua esfera pessoal. Sendo o respeito à autonomia individual fundamento de validade e legitimidade ao Direito, e em consequência, às leis escolhidas para aquela determinada sociedade.

4. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 À LUZ DOS VOTOS PROFERIDOS NO R.E. 635.659/SP

O Supremo Tribunal Federal iniciou no ano de 2015 o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659/SP, com repercussão geral, onde se discute acerca da descriminalização do uso de drogas, com o propósito de manifestar os princípios utilizados para evidenciar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), tipificando o porte de drogas para consumo pessoal.

Nos autos do referido Recurso Extraordinário, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo recorreu da decisão que condenou seu assistido à prestação de dois meses de serviços à comunidade por portar três gramas de maconha para consumo próprio. Em seu recurso, defende que essa tipificação penal ofende o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, onde prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

O Ministro Gilmar Mendes, como relator do recurso, proferiu seu voto no sentido da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (porte de droga para consumo pessoal), seguindo o mesmo entendimento, os ministros Roberto Barroso e Edson Fachin, até então.

Dentre outros pontos, em seu voto, afirma que a Carta Magna consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, extraindo-se deles o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação.

Vejamos:

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, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.

Anotou, acerca da descriminalização, que embora sendo afastando do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, não operou-se a legalização da posse para uso pessoal, permanecendo a conduta, em determinadas circunstâncias, censurada por meio de medidas de natureza administrativa, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento em curso educativo, mantendo-as até o surgimento de uma legislação específica.

Observando alguns pontos importantes abordados pelo Ministro, em seu voto, aponta ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidenciando uma clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

Prossegue afirmando que uso de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário, não cabendo associar a ele o dano coletivo possivelmente causado à saúde e segurança públicas.

Ainda que o usuário adquira as drogas mediante o contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. Sendo a ligação excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais.

Já o Ministro Barroso, de modo geral, em seu voto, salienta sobre as razões para a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. Sendo a primeira razão o fracasso da política atual de criminalização e repressão, que produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado,

florescendo a criminalidade associada ao tráfico, que inclui, sobretudo, o tráfico de armas utilizadas nas disputas por territórios e nos confrontos com a polícia.

A segunda razão foi o alto custo para a Sociedade e para o Estado, pois, pelo grande volume de usuários de drogas caba tendo um aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Dito isto, afirma que, “jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade”.

Na terceira razão, leva em conta que a criminalização afeta a proteção da saúde pública, haja vista que as preocupações com a saúde pública assumem uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. Lembra ainda o Ministro que a criminalização das drogas promove a exclusão e marginalização dos usuários, os afastando do acesso a tratamento de saúde adequado.

Concluindo, sobre esse ponto em seu voto, que a descriminalização do consumo é uma alternativa melhor:

Os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários.

Ao final afirma que do ponto de vista jurídico, há pelo menos três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição, sendo a violação ao direito de privacidade (artigo 5º, X, CF); violação à autonomia individual e violação ao princípio da proporcionalidade.

O Ministro Edson Fachin , sobre a análise da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, aponta que a questão em debate envolve os direitos à liberdade, autonomia privada e relativamente aos limites da interferência do Estado sobre o indivíduo.

Um dos argumentos utilizados para justificar p seu voto, trata da proteção a sociedade. Conforme o Ministro, a criminalização do consumo de drogas visa proteger a sociedade que pode sofrer as consequências derivadas do consumo de drogas, no entanto, afirma que esse argumento não é válido para proibir o consumo de drogas, visto que este, sozinho, não é capaz de causar danos à sociedade.

Entende que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é crime de perigo abstrato, que visa

proteger a saúde pública por causa de nocividade das drogas.

Tendo em vista que o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não define quais são as drogas criminalizadas, deixando a competência para o Ministério da Saúde em determinar quais as substâncias proibidas, infere-se tratar de uma norma penal em branco.

Comenta sobre a necessidade do Poder Legislativo estipular critérios para diferenciar o usuário e o traficante de drogas, ponderando que, até a edição da norma adequada, caberá ao Poder Executivo fazer a regulamentação provisória, estabelecendo quais os parâmetros de verificação pelo juiz ao analisar o caso concreto.

Ele ainda afirma que há responsabilidade, de um lado, do Poder Legislativo a fixação de tais parâmetros, e de outro, a respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

Assim como os outros Ministros, declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, ressaltando que tal decisão é referente somente ao uso da maconha.

5. CONCLUSÃO

Pelo o exposto, o presente trabalho buscou, em síntese, explanar e analisar os argumentos doutrinários e legais constantes dos votos até então proferidos no Recurso Extraordinário 635.659/SP, que dispõe acerca da descriminalização do uso de drogas, com vistas a expor os fundamentos utilizados para defender o motivo determinante da necessidade de declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Vimos, assim, a questão atinente à política de drogas no Brasil, o avanço com a nova Lei de Drogas (11.343/2006) não mais prevê uma pena de detenção que anteriormente era prevista no artigo 16 da Lei nº 6.368/76, o que gerou a despenalização do consumo de drogas.

Em relação ao fundamento que originou o Recurso Extraordinário em estudo, ficamos diante do Direito Fundamental a intimidade, vida privada – previsto no artigo 5º da Constituição Federal – onde fora debatida a sua violação e, de igual modo, a autonomia individual.

Outro ponto importante a ser observado é a insegurança jurídica, pois com a ausência de pacificação sobre o tema, tendo em vista que, a depender do entendimento

pessoal do magistrado acerca deste ponto, a consequência para o réu pode variar entre o arquivamento da denúncia por ausência de justa causa e/ou a condenação em uma das sanções previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Em relação aos votos constantes o RE 635.659/SP, pudemos perceber que o resultado final de cada voto até então proferido foram os mesmos, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, tende a seguir o voto do relator, no entanto, visualiza-se a presença de algumas ressalvas constantes dos demais votos. Lembrando que o provimento do Recurso Extraordinário em análise não significa a legalização do uso de drogas, mas somente a sua descriminalização, ou seja, a retirada do escopo do Direito Penal.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3900607>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodvim. 2016

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ariel, 1989

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em:

<<http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial>>

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em:<<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral.** 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.