

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E SUAS REPERCUSSÕES FÁTICAS

Angélica Coutinho Silvano¹
Alexsandro Grall dos Reis²
Claudio Luis do Val³
Cassandra da Luz dos Santos Lins⁴

RESUMO: As ações que envolvem usuários de drogas são comuns na rotina forense, e também nas abordagens policiais. A discussão acerca da constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal sempre possuiu destaque nos Tribunais e no meio acadêmico. Contudo, muitas das demandas relacionadas ao artigo 28 da lei 12.343/06 não alcançam o seu objetivo legal tampouco social, correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz por parte do estado e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade. Diante dos princípios basilares desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 segundo o qual não se pune a autolesão, razão pela qual, se faz imperiosa análise da constitucionalidade e de sua compatibilidade textual com a norma penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Constitucionalidade. Droga. Despenalização. Consumo.

ABSTRACT: Actions involving drug users are common in forensic routine, as well as in police approaches. The discussion about the constitutionality of the crime of possession of drugs for personal consumption has always stood out in the Courts and in the academic environment. However, many of the demands related to article 28 of Law 12,343 / 06 do not reach their legal or social objective, corresponding to an undue and ineffective paternalism on the part of the state and, finally, it means a false protection of the society. In view of the basic principles since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, according to which self-harm is not punished, which is why an urgent analysis of constitutionality and its textual compatibility with the criminal law is imperative.

Keywords: Criminal Law. Constitutionality. Drugs. Decriminalization. Consumption.

I INTRODUÇÃO

Expõe-se aqui uma análise aprofundada do artigo 28⁵ da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, definindo-o como crime e que há (ainda) uma penalização nesses casos. Aqui traçaremos observações sobre a constitucionalidade da norma penal exposta acima, e ainda, uma análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que já deram seus pareceres.

Suscitaremos ao longo deste artigo um tema de repercussão geral, atual, e para

¹Bacharela em Direito, Faculdade Cenecista de Osório/RS.

²Bacharel em Direito, Faculdade Joao Paulo II de Porto Alegre/RS.

³Bacharel em Direito, faculdade São Judas Tadeu de Porto Alegre/RS.

⁴Bacharel em Psicologia, faculdade Estácio de Sá de Porto Alegre/RS.

compreensão uma breve diferenciação de início se faz necessário em relação ao tema que será abordado. A descriminalização (Grifo nosso) do uso de drogas significa deixar de tratar como crime, despenalizar (Grifo nosso) significa deixar de punir quem faz o uso. Assim é o sistema brasileiro atual. A despenalização do uso de drogas que trataremos ao longo deste artigo, significa que o direito o considera ainda como crime, mas devido à falha das normas penais o uso de drogas é insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa.

Importante ressaltar que não abordaremos o tema de legalização do uso de drogas no Brasil, hoje proibidas. A ideia aqui é demonstrar que o artigo 28 da lei de drogas afronta visivelmente a Constituição Federal, eis que o porte de drogas para uso/consumo próprio não pode continuar sendo penalizado, pois seguirá em divergência com importantes princípios constitucionais.

Na atual lei de drogas, a conduta do usuário ainda é considerada criminosa, há crime embora ainda não haja imposição de penas privativas de liberdade, assim entende o Supremo Tribunal Federal. Com isso, o artigo 28 da lei de drogas continua sendo crime, ainda que tratado como uma contravenção penal. Há no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário de nº 635.659 que trata sobre a discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, sob a alegação de que autolesão não é crime (pois viola o princípio da lesividade/intimidade) conforme o artigo⁶ inciso X⁷ da Constituição Federal, que será tratado no primeiro capítulo deste artigo.

2

A concretização do presente trabalho apresenta uma importância no mundo jurídico, de modo que, dê uma melhor visibilidade ao tema, com fundamentos concretos, distinções claras e precisas quanto à natureza da infração, o cumprimento ou não das penas impostas, e a valorização dos princípios constitucionais agregados ao sistema punitivo brasileiro adequadamente abordado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. E ainda, uma abordagem quanto a sua forma legal, uma análise sobre o reflexo da disciplina constitucional dos direitos fundamentais em face da Constituição Federal de 1988, tentando trazer os mecanismos de aplicabilidade, e o principal: sua efetividade à normal penal.

⁶Artigo 28 “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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 serviço à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. VADE MECUM RT. 13 ed. São Paulo: 2016. S/P.

⁷Artigo 5º inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.” VADE MECUM RT. 13 ed. São Paulo: 2016. S/P.

Por essa razão, observa-se uma relação delicada entre os usuários de drogas e a penalização pelo uso, o legislador diante disso adotou uma forma de repressão ao qual não obteve retorno, e ainda sim, continua nesta fracassada luta que é impor sanções aos usuários de drogas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não obstante, quando estamos diante de um tema de natureza penal e ainda de grande polêmica quando instigado, é vultosa a atenção para os princípios constitucionais. E preliminarmente para o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, promulgada em 05 de outubro do referido ano, não possui força normativa alguma, de importante base e por vezes esquecida no país, leitura merecedora de aplausos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, como solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil⁸.

A interpretação constitucional é uma atividade que se desenvolve no largo espectro que vai da proteção dos direitos fundamentais ao pragmatismo jurídico. Os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Vale dizer: eles funcionam como limites ao legislador e ao poder constituinte reformador⁹.

A teoria dos direitos fundamentais vem se consolidando desde tal década fortemente em razão da crença da dignidade da pessoa humana ser um valor do qual se deva legitimar, fundamentar e orientar qualquer exercício do poder. Toda constituição é fruto de uma ruptura com o passado e de um compromisso com o futuro¹⁰. Assim, nos demonstrou os legisladores da década de 80, com seu preâmbulo de apresentação como forma introdutória da constituição federal.

Nossa Constituição de 1988 foi um pedido de socorro, um clamor popular. E no dia da promulgação da Constituição Federal de 1988, Ulysses Guimarães (Presidente da Assembleia Constituinte na época), hoje já se vão duas décadas sem sua presença na política brasileira, proferiu um famoso discurso enaltecendo a nova Constituição:

8 VADE MECUM RT. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. S/P.

9 CONJUR. RE 635.659 **Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 11 mai 2018.

10 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: gen/atlas. 2018. p. 63.

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões da miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa o homem. Gráficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã.

Cabe observar que, para época, Ulysses assumiu uma postura de coragem em favor das desigualdades sociais, dos pobres, oprimidos, em favor da democracia, ao lado dos direitos fundamentais e de todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana. Aqui se formou o divisor de águas, e assim, passou a vigorar a Constituição Brasileira.

O constituinte conferiu a Constituição de 88 uma topografia privilegiada, sendo os direitos fundamentais a principal posição, de forma que o compromisso ético em favor da democracia e dos direitos fundamentais vem singularmente.¹¹

Cabendo a cada um de nós brasileiros a concretização constitucional da norma, retirá-la do papel e trazê-la ao mundo de fato. A penalização da posse de drogas para consumo pessoal nos demonstra a violação nítida do artigo 5º, X da constituição federal, esses direitos possuem função de proteger o cidadão contra o poder estatal, resumidamente, o respeito ao próximo, o respeito à vida, o respeito à liberdade, a integridade física e moral, o respeito à autonomia da vontade, o respeito à liberdade e o respeito aos direitos de personalidade.

Dito isso, vale conhecer melhor a ideia de cada um desses principais princípios constitucionais: a vida, a liberdade, a autonomia de vontade e o princípio da lesividade, que estão diretamente ligados ao tema abordado.

A *vida* humana possui um significado para nós de tamanha complexidade “científica”, palavra com muitos significados, e de ampla compreensão desse direito. Paulo Gustavo Gonet Branco leciona em seu livro *Direito Constitucional* que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse ¹².

O direito à vida é o maior princípio existente no ordenamento jurídico-constitucional, sendo este pré-requisito para direito dos demais princípios. O direito à vida deve ser compreendido como uma adequação da condição humana, ou seja, direito à alimentação, ao vestuário, à assistência médica, à educação, à cultura, ao lazer e às demais condições vitais. O

¹¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7 ed. São Paulo: gen/atlas. 2018. p. 66-67.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.441.

Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais descritos na Constituição Federal de 1988, cabendo a nós cidadãos irmos à busca dessa efetivação, seja na cobrança de um bom e adequado atendimento do serviço público, seja nos valores sociais, morais e individuais de cada pessoa.

A vida humana é o princípio mais importante existente em nossa constituição, tornando-se um direito imprescindível ao cidadão, tal direito se afirma também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A liberdade. “*Liberdade, essa palavra, que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda!*” - Cecília Meireles (1953), em *Romanceiro da Inconfidência*. A ideia que inspira a proteção de autonomia privada (liberdade) é a de que o Estado deve tratar as pessoas sob o seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhe dizem respeito¹³.

Assim, cabe a cada indivíduo decidir por si só que lugares frequentar, qual religião crer e praticar, quais pessoas relacionar-se, ser vegetariano ou não, sedentário ou movido a endorfina. Enfim, cada indivíduo que deve decidir sobre seu direito de ir e vir, ficar ou permanecer, esse é o verdadeiro valor da autonomia de escolha, da sensação de liberdade.

Respeito à *autonomia de vontade do indivíduo* é um estado independente, é a faculdade do indivíduo de tomar decisões na sua esfera particular conforme seus próprios interesses e preferências. Vontade é tudo aquilo que não prejudique terceiros e seus interesses. Cada um deve ser responsável por suas escolhas pessoais, principalmente por aquelas que não interfiram na liberdade alheia.

O princípio da autonomia toma novos traços ao ser inserido na dogmática penal, passando a ser aplicável de maneira singular aos casos de interrupção das ações autônomas particulares. Isso porque ele vem a ser confrontado e integrado a outros princípios específicos da esfera penal, ganhando maior garantismo, defesa das liberdades fundamentais e, principalmente, com um fundo constitucional.

A autonomia, no âmbito penal, leva à assunção de uma postura paternalista, o Estado sancionador que vem a tomar decisões contrárias ao alvedrio do indivíduo e, passa a puni-lo, à justificativa de que está a fazer-lhe um bem, quando ao contrário, está a invadir a esfera privada. E isso ocorre, em casos de intervenção indevida do Direito Penal na autonomia dos sujeitos, é a imposição de sanções penais que recaem sobre o próprio indivíduo supostamente protegido, em

13 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: gen/atlas. 2018. p. 106.

virtude de seu comportamento ser considerado pelo Estado, maléfico a si.

Antes de admitir uma intervenção estatal na vida privada do indivíduo, ensina o Mestre Martinelli, algumas palavras:

Destacam-se três características do princípio da autonomia em relação ao Direito Penal como instrumento de restrição da liberdade: (1) preservar ao máximo a liberdade da pessoa, pois ela sabe o que é melhor a si mesma; (2) interferir na liberdade quando não houver autonomia para a decisão; (3) as consequências da decisão que autorizam a intervenção devem ser drásticas.¹⁴

Diversos são os temas que tratam a autonomia de vontade do indivíduo, principalmente no âmbito penal, são muitas doutrinas que debatem permanentemente quanto aos limites do Direito Penal na seara individual. Este princípio serve como uma ferramenta para uma decisão argumentativa no controle de atos estatais que afastam a autonomia individual de cada ser humano.

Lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa à bem jurídico alheio. De modo que, se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como um bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, dessa forma, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima¹⁵.

Diante de todos esses princípios constitucionais, temos a proteção das escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não seja ofensivo a terceiros. Decorreria dessa proteção, portanto, que determinado fato, para que possa ser definido como crime, há de lesionar bens jurídicos alheios.

Além do que, as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada, e continuar com mais um tipo penal dentro do

14 MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese de Doutorado em Direito- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

15 CONJUR. RE 635.659 **Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio**. Disponível em< <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 11 mai 2018.

nosso ordenamento jurídico. O ministro Gilmar Mendes, em seu voto (RE 635.659), afirma que nos últimos anos a política de drogas se encaminhou para incluir o uso de drogas como tema de saúde, e não de segurança pública. A Lei de Drogas seria uma forma de ir ao encontro desse movimento. O artigo 28, portanto, é uma forma de não tratar como traficante o usuário, que na grande maioria dos casos o que um usuário precisa é de tratamento ambulatorial/médico.

A penalização do consumo próprio representa uma imposição por parte do Estado do que é um padrão moral individual correto, o que significa uma proteção excessiva por parte do estado, o que não significa que esse paternalismo “protetor” será eficaz.

3 USUÁRIO DE DROGAS: NATUREZA JURÍDICA DO CRIME

Iniciaremos explicando a terminologia adequada sobre o conceito que estamos tratando, que é *droga*, conforme os termos da lei de drogas. Com isso, temos três espécies¹⁶ de drogas:

- a) drogas psicodélicas: que são as entorpecentes, exemplo disso o anestésico;
- b) drogas psicoalélicas: que são os estimulantes, exemplo disso a cocaína e a cafeína;
- c) drogas psicodislélicas: são as drogas alucinógenas, exemplo disso a maconha.

Para que uma substância seja considerada droga é preciso que tenha princípio ativo de alguma dessas espécies de drogas, com capacidade de causar dependência, e para isso é necessário a constatação por laudo pericial, conforme os termos da lei de drogas. Além de conter esses requisitos é preciso que conste também na portaria 344/98 da Anvisa¹⁷, órgão responsável por descrever minuciosamente o que pode se considerar droga.

A conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo (são condutas nucleares do tipo), de modo pessoal, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar não foi descriminalizada e, com isso, não ocorreu o fenômeno da *abolitio criminis*. “Crime” este vago (coletivo), tendo como sujeito passivo a coletividade, um crime de vítimas difusas ou multisitimários coletivos, e como sujeito ativo podendo ser qualquer um (crime comum). Conseqüentemente, quando a conduta praticada estiver prevista no art. 28 da lei de drogas, o agente será processado e julgado de acordo com a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

¹⁶ FONTES, Eduardo. **Curso completo da polícia civil 2018**. Complexo de Ensino Renato Saraiva: aula de legislação especial.

¹⁷ PORTARIA N.º 344. **Regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>. Acesso em: 11 mai. 2018.

Assim, conseqüentemente, o sujeito usuário de drogas será encaminhado imediatamente ao juizado especial criminal para audiência preliminar e submetido a uma das penas de: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviço à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em audiência a ser realizada por conciliador criminal no Juizado Especial Criminal, anteriormente já lavrado termo circunstanciado pelo Delegado. Na prática este termo circunstanciado é lavrado muitas vezes pelos Policiais Militares, posteriormente agendada audiência, e o autor assume o compromisso de comparecer em juízo quando intimado, após isso liberado. Em caso de negação do autor, cabe ao Delegado dar prisão em flagrante e arbitrar fiança.

Nos casos de usuários, em nenhuma hipótese será preso em flagrante, nos termos do artigo 28 da lei de drogas, pois há vedação expressa para prisão do autor do fato, única alternativa é a lavratura do termo circunstanciado, nos termos do artigo 48¹⁸ §3 da lei de drogas. E, em razão da natureza das sanções no caso de não cumprimento das medidas aplicadas ao agente, como por exemplo; comparecimento a palestras, prestação de serviços à comunidade. Somente a pena de multa “poderá” atender às funções preconizadas pelos princípios de Direito.

No entanto, o procedimento de aplicação de pena de multa adotado pelo nosso ordenamento jurídico, não há multas com valores baixos, o que certamente ocorrerá a ineficácia da sanção e, conseqüentemente, ineficácia também da norma penal, e aí temos o nosso fracasso jurídico escancarado, devido a má elaboração legislativa no caso de penalização ao usuário. O modelo criminalizador produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação.

É sabido que o uso de drogas causa transtornos e prejuízos físicos, mentais e sociais aos seus usuários, e em eventuais casos, até mesmo a morte. Ainda assim, o tratamento criminal que se dá aos usuários de drogas é medida que ofende claramente, o direito à vida privada e à autodeterminação de qualquer pessoa. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco unicamente a pessoa do usuário. Ainda que este adquira as drogas diretamente com um traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.¹⁹

18 Artigo 48 §3 “Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no §2 deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente. **VADE MECUM RT.** 13 ed. São Paulo: 2016. S/P.

19 CANÁRIO, Pedro. **Leia o voto do ministro Gilmar Mendes no RE sobre posse de drogas para uso.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas> > Acesso em: 11 mai. 2018.

A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante dentro do ordenamento jurídico. Nesse sentido, os exemplos citados por Daniel Prado, *verbis*:

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, 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 (art. 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 constituem crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP). Quando muito, a condut potencialmente autolesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), prevista com infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito.²⁰

A criminalização do uso de drogas para consumo pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Desrespeitando a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde, quando mantém relações sexuais sem uso de preservativo, uso de veículos automotores sem a devida segurança, exposição excessiva ao sol sem o devido uso de protetor solar. Ofendendo diretamente os princípios constitucionais tratados neste artigo.

9

4 VOTO DOS MINISTROS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635659

Segue breve trecho sobre o parecer do Ministro *Gilmar Ferreira Mendes*, primeiro a votar:

Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita”, disse. “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.²¹

Deve haver um cuidado específico na criação de crimes de perigo abstrato, pois, para o ilustre Ministro, é um grande risco de ofensa a lesividade. Votando pela inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, (Grifo Nosso) de forma a afastar do referido

20 **BOLETIM IBCRIM**. out/2012, p. 8-9. Acesso em: 8 mai. 2018.

21 CANÁRIO, Pedro. **Leia o voto do ministro Gilmar Mendes no RE sobre posse de drogas para uso**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas> > Acesso em: 2 jun. 2018.

dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa.

Para o Ministro Edson Fachin, o uso da maconha é o tema exclusivo da pauta em discussão, segue breve e sucinto trecho de seu voto:

Cabe reconhecer que o usuário fomenta o tráfico, que é o destinatário dos efeitos aqui discutidos. O enfrentamento do tráfico, porém, depende da regulamentação legislativa [da venda de drogas]. O usuário deve ser tratado como doente. Em respeito às gerações futuras, é preciso criar políticas públicas e redes de atuação e cuidado para adictos.²²

Por todo o voto permeou argumentos favoráveis e contrários à questão, mas principalmente ponderando a tênue linha entre motivações dos usuários e efeitos do uso de drogas para a sociedade. Para Fachin, o uso tanto de álcool como outras drogas é uma questão de saúde pública que necessita de atenção especial.

Assim, votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga. (Grifo Nosso). E ainda, que se mantenham os termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas.

Os Ministros Fachin e Barroso limitaram-se ao tema do uso da maconha, deixando de lado qualquer outro debate a respeito de outros tipos de drogas. E como ressalta em seu voto, Barroso deixa claro que devemos ir com calma “um passo de cada vez”.

Para o *Ministro Barroso* a guerra às drogas fracassou, e com isso o custo à sociedade tem sido altíssimo. Breve trecho de seu parecer no RE 635659:

As inovações no Direito devem ser feitas passo a passo. Por isso, hoje me concentro na maconha. A extensão de possíveis danos, neste caso, é mais quantificável para uma eventual política pública que marche neste caminho. A guerra contra as drogas fracassou. Passados 40 anos de uma política de repressão, nós convivemos com um consumo crescente, sem tratar adequadamente o dependente e com uma explosão no poder do tráfico.” [...] “A má distinção entre usuário e traficante faz que com as mesmas quantidades de droga sejam classificadas como ‘usuários’ para bairros abastados e como ‘traficantes’ nos bairros mais pobres.”²³

Barroso entende que num primeiro plano a ideia é desentupir as cadeias de jovens e primários, e até mesmo de pequenos traficantes não ligados às facções de alta periculosidade. E ainda, acabar com a ilegalidade das drogas.

22 CONJUR. RE 635.659-RG – rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf> > acesso em: 02 jun. de 2018.

23 CONJUR. RE 635.659: **Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf> >. Acesso em: 02 de jun. 2018.

Para o Ilustre Ministro Barroso, o papel do Estado é desestimular o uso, mas não penalizar/criminalizar o usuário. Segundo ele, o adicto escolhe um comportamento de risco, do qual ele é a própria vítima. E seu voto foi pelo Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmção, em repercussão geral, de que é inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, (Grifo Nosso).

Diante dos votos até o momento elucidados por três dos membros do Supremo Tribunal Federal, temos que a despenalização é o caminho moderno no âmbito jurídico-penal. Por conseguinte, informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas é indispensável, bem como a atuação do poder público dando atenção, e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias e que causam dependência.

Percebemos que, ainda que três votos sobre o tema, todos vão de encontro à despenalização do uso de drogas (maconha por enquanto). Nessa perspectiva, não há como fecharmos os olhos para as garantias constitucionais, assim como para a opinião desses renomados Ministros. Ainda, pela ordem dos votos o Ministro a dar seu parecer sobre o tema seria Teori Zavascki, agora seu sucessor Alexandre de Moraes que apreciará o tema e garante ter um voto mais conservador, deixando acalorada ainda mais as discussões sobre penalização ou não aos usuários de drogas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que, um dos elementos que compõem o sistema jurídico é a lei que apresenta vários sentidos e funções na ordem social, porém, ao empregá-lo especificamente ao Direito, passa a ganhar contornos mais definidos e objetivos baseados nos princípios constitucionais. Podemos afirmar aqui que a lei é elemento do sistema normativo e espécie de norma jurídica oriunda do Direito Positivo. Tal espécie normativa tem como função estabelecer regras específicas.

Como já visto, todos os princípios e teses dos Ministros e outras mais poderiam ser citadas, parece suficiente para este singelo artigo científico, diante do objetivo que aqui se pretende alcançar, pois indicam que a norma é o comando genérico que tem por objetivo provocar comportamentos na sociedade, já que é um preceito dirigido à vontade humana.

E a vontade humana em fazer o uso de drogas está ligada a falta de educação quanto ao uso de drogas, orientações, tratamentos, e é um caso de saúde pública, isso é fato. E, talvez o que poucos não se dão conta que a criminalização de condutas relacionadas ao consumo

promove a retirada do usuário de um possível tratamento, e a marginalização desse usuário, dificultando assim o seu acesso ambulatorial. E a continuidade da penalização do usuário de drogas com medidas fracas, com a fala de Juízes e/ou Conciliadores Criminais que não entendem sobre os efeitos da droga e sim de um procedimento jurídico-processual, acaba que, deixando para trás sua efetiva ideia de combate ao uso de drogas.

Assim assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”²⁴. Portanto, ao contrário do que muitos acreditam, a criminalização e conseqüentemente a penalização do uso/consumo de drogas não protege.

Sabemos que não podemos olhar o nosso problema com os olhos do vizinho, como Uruguai ou Estado Unidos, não há soluções fáceis. Há é uma grande inconsistência jurídica em despenalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição. Esquecendo sempre de boas políticas públicas na área da saúde, que tenham como meta eficácia no tratamento dos usuários.

Outrossim, uma eventual legalização do uso de drogas depende de atuação do Congresso Nacional, e prestar atenção no que se passa em países vizinhos que legalizaram pode ser uma boa forma de ver como os resultados que a legalização produzirá aqui no país, algo que deve ser feito com cuidado, atenção, e principalmente, o Estado e a sociedade devem ter o papel de: desincentivar o consumo; tratar os dependentes; e combater o tráfico. Apesar de que, isso é tema para um futuro próspero, precisamos ir com calma, tratando primeiro da despenalização, para aí sim levantar o tema de descriminalização.

Portanto, nada do que escrevemos até aqui deve ser interpretado como descriminalização ou incentivo ao consumo de drogas. A ideia é a despenalização, o primeiro passo que pode ser feito e que está nas mãos dos Ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O sistema brasileiro de combate às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública (que é o objetivo do controle de drogas), assumam uma posição secundária em relação às políticas de drogas, quando na verdade sua posição deveria estar de modo direto e singular. A política de repressão jurídico-penal não possui mais recursos de políticas de prevenção, sendo a despenalização o caminho. O atual sistema jurídico-penal brasileiro não alcança na prática sua

²⁴ VARELLA, Drauzio. **Combate às drogas**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/combate-as-drogas/>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

ideia penalizadora em casos de uso de drogas com isso, temo que sua eficácia já não exista e precisamos o mais rápido possível de uma posição jurídica contundente quanto ao tema tratado.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.441.

BOLETIM IBCRIM. out/2012. p. 8-9. Acesso em: 8 mai. 2018.

CANÁRIO, Pedro. Leia o voto do ministro Gilmar Mendes no RE sobre posse de drogas para uso. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>> Acesso em: 2 jun. 2018.

CONJUR. RE 635.659: Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

____. RE 635.659-RG - rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>> acesso em: 02 jun. de 2018.

FONTES, Eduardo. Curso completo da polícia civil 2018. Complexo de Ensino Renato Saraiva: aula de legislação especial.

PORTARIA N.º 344. Regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2.>> Acesso em: 11 mai. 2018.

VADE MECUM RT. 13 ed. São Paulo: 2016. S/P.

VARELLA, Drauzio. Combate às drogas. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/combate-as-drogas/>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 2010. Tese de Doutorado em Direito- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 7 ed. São Paulo: gen/atlas. 2018.