



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

**A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE AO CONSUMO DE
DROGAS: a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.**

BRASÍLIA
2023
FELIPE NUNES MESQUITA

**A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE AO CONSUMO DE
DROGAS: a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Carolina Costa Ferreira

BRASÍLIA
2023

FELIPE NUNES MESQUITA

**A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE AO CONSUMO DE
DROGAS: a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Carolina Costa Ferreira

BRASÍLIA, XX XX XXXX

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE AO CONSUMO DE DROGAS: a (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Autor: Felipe Nunes Mesquita

Resumo: A criminalização do consumo de drogas, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, visa tutelar o direito fundamental à saúde pública. A lei nº 11.343/2006 foi instituída com o fito de oferecer um tratamento preventivo e educativo aos usuários, ao despenalizar a conduta. Todavia, a norma manteve o consumo de drogas na esfera penal. A intervenção do direito penal na liberdade individual, sob a justificativa de tutela da saúde pública, revela-se desproporcional por vedar que os indivíduos assumam escolhas pessoais que não representam lesão a bens jurídicos alheios. Tal fato revela que a norma penal colide não apenas com os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, mas também com os princípios básicos do direito penal. O presente artigo visou demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343, por meio da análise da norma à luz dos direitos fundamentais à saúde pública, à intimidade, à vida privada, bem como dos princípios do direito penal. A demonstração da inconstitucionalidade da norma se deu a partir da aplicação da técnica de ponderação de interesses dos direitos fundamentais em colisão. A pesquisa demonstrou que a norma é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, ao incidir o direito penal na vida-privada dos sujeitos por uma conduta auto lesiva. A criminalização da conduta elide o direito dos indivíduos de exercerem manifestações de vontades que não ensejam lesões a direitos de terceiros. Essa verificação demonstrou também a deslegitimidade do direito penal no combate ao consumo de drogas.

Palavras-chave (obrigatório): Drogas. Criminalização. Lei 11.343/2006. Artigo 28. Direitos fundamentais. Princípios. Colisão de direitos. Saúde-pública. Intimidade. Vida privada. Lesividade. Direito Penal. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1 - Análise das medidas aplicadas aos usuários de drogas ilícitas, consoante o artigo 28 da lei 11.343 de 2006. 2 - A justificação da tipificação do artigo 28 da lei 11.343/2006. 3 - Inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343 de 2006. 4 - Controle de constitucionalidade da norma. 5 - Considerações acerca do recurso extraordinário n. 635.659/SP. Conclusão.

1. Introdução

O fenômeno do consumo de drogas vem acompanhado a sociedade ao longo de seu desenvolvimento, de modo que o Direito, especialmente o ramo penal, tem sido utilizado como instrumento para regulamentar o comportamento atinente a tal conduta. Nesse diapasão, à medida que ocorrem mudanças no panorama social e econômico no consumo de drogas, as legislações vão sendo adaptadas às novas realidades fáticas. Exemplo desse fato, evidenciou-se na promulgação da lei brasileira de drogas, no ano de 2006.

Devido às transformações verificadas nos padrões do uso, do abuso, da dependência e do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, foi promulgada a Lei nº 11.343/2006, pois a antiga legislação de drogas datada de 1976 já não atendia aos costumes e à dinâmica social contemporânea (BRASIL, 2006).

Com o advento da nova lei de drogas, houve aumento das penas em abstrato relacionadas ao tráfico de drogas. Por outro lado, a lei fixou penas diversas da privativa de liberdade para o usuário de drogas, a fim de promover um tratamento terapêutico e preventivo. Apesar da revogação da pena de detenção, o consumo de drogas ilícitas permaneceu regida no âmbito do Direito Penal, de modo a continuar sendo configurado crime.

A tipificação da conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343 fundamenta-se na tutela do bem jurídico da saúde pública, direito fundamental disposto na Constituição Federal de 1988. No entanto, verifica-se que a criminalização do consumo de drogas, sob a justificativa da proteção da saúde pública, enseja colisão com outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade e à vida privada, que possuem a função precípua de tutelar a liberdade individual de intervenções de terceiros.

Dessa forma, é possível observar que a tipificação penal do consumo de drogas gera óbices ao livre gozo do direito de autodeterminação, quando veda que os sujeitos assumam escolhas individuais que não afetam bens jurídicos alheios. Destarte, a intervenção do Direito Penal na esfera privada dos sujeitos vilipendia o princípio da proporcionalidade, assim como os princípios básicos do Direito Penal, a exemplo do princípio da lesividade, da intervenção mínima e da subsidiariedade.

Outrossim, cabe destacar que, embora a norma vise a despenalização do usuário de drogas, o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é responsável pelo aumento constante do contingente de pessoas encarceradas, devido à falta de parâmetros objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas (NESPOLLO; FERRARESI, 2020).

A manifestação desses aspectos aponta para a inconstitucionalidade da norma, tornando-se imprescindível sua análise, à luz dos direitos fundamentais colidentes, bem como dos princípios básicos do Direito Penal. Por conseguinte, este artigo visa analisar a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343, a partir da verificação de sua conformidade com os princípios básicos do Direito Penal e os direitos fundamentais à privacidade e à vida privada. Além disso, a presente pesquisa almeja demonstrar qual direito fundamental deve prevalecer no processo de colisão entre o direito à intimidade e o direito à saúde pública.

Ademais, a presente pesquisa pretende demonstrar a ilegitimidade do Direito Penal no controle das drogas, a partir do sopesamento da norma com os princípios limitadores do direito de punir do Estado. Cabe destacar que a reflexão a respeito dessas questões revela ser primordial para o enfrentamento racional das mazelas oriundas do consumo de drogas na sociedade. As medidas adotadas para lidar com os problemas sociais das drogas devem partir de uma discussão teórica e racional, sem a incidência de tabus e regras morais desarrazoadas.

A fim de perfazer seus objetivos, a presente pesquisa utilizará referências teóricas da bibliografia especializada, bem como decisões judiciais relacionadas ao tema. Em um primeiro momento, serão discutidas as diferentes teses acerca da natureza jurídica das penas do artigo 28 da Lei 11.343/2006, assim como uma abordagem da justificativa da tutela do bem jurídico da saúde pública.

Em seguida, será realizada uma análise da inconstitucionalidade da norma, a partir da aplicação dos direitos fundamentais e princípios limitadores do direito de punir. Na sequência, será demonstrada a utilização da técnica de ponderação de interesses para o controle de constitucionalidade da norma. Por fim, serão tecidas considerações acerca do Recurso Extraordinário 635.659/SP, que tramita no Supremo Tribunal Federal e pugna pela inconstitucionalidade da norma.

2. Análise das medidas aplicadas aos usuários de drogas ilícitas consoante o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006.

Com o advento do artigo 28 da lei de drogas, surgem diferentes teses doutrinárias acerca da natureza jurídica das sanções aplicadas aos sujeitos infratores da norma, a qual dispõe que:

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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (BRASIL, Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF).

As principais teses desenvolvidas acerca da natureza jurídica da norma foram: a descriminalização, a despenalização e a descarcerização (GOMES, 2007; CARVALHO 2008). A primeira tese surgida na doutrina propugna a ideia de que houve a descriminalização do uso de drogas a partir do advento da nova lei (GOMES, 2007; BIANCHINI, 2007). Conforme Bittencourt (2019, p. 10), “a descriminalização de uma conduta se dá quando a lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. Por conseguinte, a lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada”.

A ideia do advento da descriminalização se fundamenta no entendimento de que houve a revogação da pena privativa de liberdade, diferentemente do que previa a lei anterior. Dessa forma, houve a retirada da conduta do âmbito do Direito Penal, deixando de ser considerada crime (ALMEIDA, 2022).

A tese da descriminalização se fundamenta, portanto, na interpretação dada pela redação do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Lei n.º 3.914 de 1941), o qual define crime como “a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer

isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa” (BRASIL, 1941). Nessa toada, uma conduta apenas será considerada crime se a lei prever a aplicação de pena privativa de liberdade na modalidade de reclusão ou detenção (GOMES, 2007).

Da análise das penas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, constata-se que o legislador não previu a aplicação de pena privativa de liberdade, nem mesmo na hipótese de conversão, no caso de descumprimento das medidas aplicadas (art. 28, §6º). Destarte, conquanto o artigo 28 da Lei 11.343/2006 esteja inserido no Capítulo III, intitulado dos crimes e das penas, consoante o entendimento supracitado, não há como considerá-lo crime.

Ademais, conforme essa interpretação, a mera inserção do artigo 28 no Capítulo III da Lei 11.343/06 – dos crimes e das penas – não configura, por si só, a conduta como criminosa, tal fato corresponde a uma mera atecnia do legislador. Conforme Ferrarri e Colli (2012, p. 10), “constata-se que em outras oportunidades o legislador, sem apreço técnico, denominou crime o que caracterizava uma infração político-administrativa, como, na Lei n. 1.079, a qual versa sobre crimes de responsabilidade, que não são configurados como crimes no campo penal”.

Outra constatação levantada que suscita a tese da descriminalização surge a partir da análise do artigo 48, §2º da Lei 11.343/2006, o qual veda a imposição de prisão em flagrante ao usuário de drogas (BRASIL, 2006). A transgressão ao mandamento normativo impõe ao infrator apenas o seu encaminhamento ao juízo competente.

A partir das discussões teóricas sobre as peculiaridades da norma, as teses que tratam da natureza jurídica das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006 foram se aperfeiçoando. Dentre essas teses, destaca-se a encampada por Gomes (2007) segundo o qual houve a descriminalização formal da conduta, que se configura quando o fato deixa de ser considerado crime, no entanto permanece na esfera penal, sendo punido por outras sanções.

Nesse sentido, o supracitado autor aduz que “a descriminalização formal não se confunde com a descriminalização substancial, que concomitantemente legaliza a conduta” (GOMES, 2007, p.120). O tipo legal do artigo 28 continua sendo considerado um ilícito, porém configura-se como uma infração penal sui generis. A norma descriminalizou formalmente a conduta e implantou a despenalização, no entanto manteve a conduta na esfera penal (GOMES, 2007). Dessa forma, Gomes (2007, p. 120) conclui que

(...) se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis.

No artigo 28 *caput* da Lei 11.343/2006, o legislador empregou a palavra “pena”, no entanto, no art. 28, §6º, surge a expressão “medidas educativas”, suscitando dúvidas se as consequências da violação do artigo seriam penas ou medidas. Conforme Gomes (2007, p. 159), “são penas alternativas, que não possuem, entretanto o caráter penal (no sentido clássico). Logo, mais adequado é a denominação medidas”.

A despeito das considerações trazidas pela teoria da descriminalização formal, a mera não previsão da incidência de pena privativa de liberdade não é suficiente, por si só, para descaracterizar a conduta como criminosa, pois a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, faculta ao legislador a previsão de outras penas, a exemplo da prestação social alternativa e da suspensão ou interdição de direitos (MASSON; MARÇAL, 2019).

Vale destacar que o próprio rol trazido no artigo 5º, inciso XLVI é meramente exemplificativo. De acordo com o texto legal, “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)” (BRASIL, 1988). Nesse contexto, verifica-se que a expressão “entre outras” facultou ao legislador infraconstitucional a instituição de outros tipos de penas, além das trazidas pelas alíneas do supracitado inciso.

Portanto, a definição de crime surgida a partir da interpretação da Lei de Introdução do Código Penal demonstra estar defasada, ao considerar como crime apenas as infrações cujo preceito secundário preveja a aplicação da pena de detenção ou reclusão. É importante destacar que a Lei de Introdução do Código Penal entrou em vigor em 1942 e não acompanhou as diversas reformas ocorridas no Código Penal ao longo dos anos, especialmente no que tange a parte geral, que trata das penas (SILVA, 2016).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ, afastou a interpretação de que uma conduta tipificada como crime seria somente aquelas que preveem pena de reclusão ou detenção. No julgamento do recurso supracitado, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, declarou que

o fundamento de que o art. 1º do Decreto-Lei 3.914/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a Lei 11.343/2006 criasse crime sem imposição de pena de reclusão ou detenção. A norma contida no artigo 1º da LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2006).

Prossegue o ministro, em seu voto destacando que

nada impede, contudo, que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o artigo 28 da Lei 11.343/2006 – pena diversa da “privação ou restrição da liberdade”, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela lei (CF/1988, artigo 5º, incisos XLVI e XLVII) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2006).

A partir do surgimento da lei de drogas atual, houve apenas um abrandamento da sanção aplicada aos indivíduos transgressores do artigo 28, a fim de estabelecer diferentes formas de punição alternativas à prisão, mas que, de certa forma, restringem o direito e a liberdade dos sujeitos.

Outrossim, a inserção do artigo 28 dentro do capítulo referente dos crimes e das penas não foi uma mera atecnia do legislador. Ao contrário, houve uma clara intenção de demonstrar à sociedade que não ocorrera a descriminalização do uso de drogas. A lei apenas instituiu uma forma alternativa do Direito Penal lidar com o fenômeno social do consumo de drogas. Dessa forma, o entendimento atual que tem prevalecido na jurisprudência dos tribunais superiores é de que não houve a descriminalização do consumo de drogas, e sim a despenalização da conduta.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1500884/SP, firmou o seguinte entendimento:

Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio, mas mera despenalização, vez que a norma especial conferiu tratamento penal mais brando aos usuários de drogas (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1500884/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA. julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

A partir da reiteração de julgamentos de casos semelhantes no Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal fixou a seguinte tese: “a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, não havendo, portanto, *abolitio criminis*” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Tese nº 161. Brasília, 23 ago. 2019).

O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para o delito. Conforme Gomes (2007, p. 109), “a Lei dos Juizados Criminais, por

exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que buscam evitar ou suavizar a pena de prisão)”.

Cabe destacar que a vedação da imposição de prisão em flagrante ao indivíduo infrator do artigo 28, não desvirtua o caráter criminoso da conduta, na medida em que a Lei 9.099/1995 em seu artigo 69, parágrafo único, também veda a imposição de prisão em flagrante às condutas de infração de menor potencial ofensivo, todavia não houve a descriminalização das condutas. Por conseguinte, verifica-se que o instituto da despenalização visa aplicar penas e medidas alternativas àqueles que infringirem o tipo normativo que seja considerado de menor potencial lesivo, evitando-se, dessa forma, a pena restritiva de liberdade.

Do mesmo modo, é importante destacar que, conquanto as medidas trazidas pela norma do artigo 28 da Lei 11.343/2006 possua um aspecto de caráter educativo, não desvirtua também a esfera punitiva. Com relação às medidas trazidas no artigo 28 da Lei de Drogas, Prado (2007, p. 4) destaca que

a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo poderiam ser tomadas como penas restritivas de direitos (art. 32, II c/c 43, III e IV, CP), mas não são passíveis de conversão em pena privativa de liberdade por falta de pena principal (art. 44, § 4º, CP).

Por sua vez, Silva (2016, p. 45) também aponta para o aspecto punitivo das medidas, asseverando que “inovando em nosso ordenamento jurídico, à pessoa que violar a norma do artigo 28, poderão ser impostas penas restritivas de direitos cominadas abstratamente no tipo penal”.

Dessa forma, a incidência de penas restritivas de direito revela um aspecto preventivo de sanção, de maneira que o próprio §6º do artigo 28 prevê medidas coercitivas a fim de garantir o cumprimento das medidas educativas. Ademais, a Lei de Drogas não prevê a imposição das penas restritivas de direito de modo subsidiário ao comparecimento a cursos educativos, não havendo óbice ao magistrado impor ao sujeito infrator essas penas diretamente. Conforme Silva (2016, p. 41), “as penas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor”.

Outro argumento utilizado para justificar o caráter sancionatório da norma se dá a partir do fato de que a imposição das medidas dispostas no artigo 28 somente podem ser aplicadas pelo juízo criminal, e não por autoridade administrativa, devendo ser respeitado o devido processo legal e o contraditório, conforme preceitua o artigo 48, §1º da Lei nº 11.343/2006. A imposição das medidas previstas em lei deve seguir o rito sumaríssimo disposto

na Lei nº 9.099 de 1995, podendo ocorrer na audiência preliminar a transação penal. Essas particularidades evidenciam o caráter delituoso da conduta disposta no artigo 28 da lei de drogas.

Considerando a permanência do aspecto punitivo disposto no artigo 28 da 11.343, surge outro entendimento na doutrina o qual defende que não ocorreu a despenalização da conduta do artigo 28 da lei de drogas, e sim a descarceirização. A despenalização enseja o entendimento de que a conduta não é mais punida, seja através de pena privativa de liberdade, seja de qualquer outra medida, o que de fato não ocorreu.

A respeito da aplicação das medidas dispostas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, Ferrari e Colli (2012, p. 14) destacam que

não há que se falar em descriminalização, posto que a conduta não perdera seu caráter criminoso. Igualmente, não houve a despenalização, haja vista a possibilidade de incidência da sanção penal, pois a conduta continua sendo penalizada, não com o cárcere, mas com medidas alternativas.

Destarte, não houve a descriminalização da conduta, tampouco a sua despenalização, na medida em que há a possibilidade de aplicação de sanções na esfera particular do indivíduo. A descarceirização consiste no abrandamento do tratamento penal, de modo diferente da aplicação da pena de prisão. A lei de drogas trouxe apenas a vedação de aplicação da pena privativa de liberdade, no entanto a conduta não deixou de ser punível.

3. A justificação da tipificação do artigo 28 da lei 11.343/2006.

A tipificação penal de condutas visa tutelar determinados bens reconhecidos pelo Direito, conforme sua valorização social, a qual é determinada por aspectos subjetivos e morais. Logo, há um entendimento consolidado de que a função precípua do direito penal é a proteção dos bens jurídicos selecionados (BITTENCOURT, 2020).

O bem jurídico é conceituado como um “ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2020, p. 282). É incontestável que um dos bens jurídicos mais relevantes da humanidade consiste na saúde coletiva, justificando-se, portanto, a incidência do Direito Penal sobre as condutas que a lesionem ou gerem perigos de a lesionar (CARVALHO, 2003).

Cabe destacar que o direito à saúde é um direito fundamental previsto tanto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, quanto no artigo 196, o qual assevera que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Nesse diapasão, cabe ao Estado, através do efeito preventivo da sanção penal coibir condutas que possam gerar danos para a vida e a saúde da coletividade (JAPIASSÚ; SOUSA, 2020).

Dessa forma, a imprescindibilidade da tutela penal da saúde pública serve como parâmetro justificador para a tipificação da conduta disposta no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. A definição da saúde pública como bem jurídico tutelado nas condutas relacionadas ao uso de drogas se consagrou com a Convenção Única sobre Entorpecentes da Organização das Nações Unidas de 1961, a qual foi ratificada pelo Estado brasileiro. Em seu preâmbulo, a referida Convenção destaca a justificativa de sua celebração, nos seguintes termos: “(...) preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, (...) reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade (...)” (BRASIL, 1964).

Considerando o potencial de geração de efeitos deletérios à saúde individual e coletiva com o uso de drogas, a Constituição Federal de 1988 recrudescer o tratamento penal no combate às drogas, de modo que o artigo 5º, inciso XLIII estabeleceu o mandamento constitucional para definir o tráfico de drogas como “crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia” (BRASIL, 1988). Do mesmo modo, visando tutelar a saúde pública, em que pese a despenalização, o legislador ordinário tipificou penalmente a conduta do porte e posse de drogas para consumo pessoal.

A tipificação da conduta da posse e do porte de drogas para consumo pessoal visa tutelar de modo mediato a vida e a saúde física e psíquica dos indivíduos, que uma vez afetada, impacta diretamente toda integridade social. Por outro lado, a norma visa tutelar de modo imediato a saúde pública, sendo a conduta considerada como crime de perigo coletivo, na medida em que a circulação e o consumo de drogas expõem a saúde de um indeterminado número de indivíduos ao risco (SILVA, 2016).

Nesse sentido, um dos principais argumentos que fundamenta a necessidade da tipificação penal do consumo de drogas advém do fato de que o vício de drogas está diretamente relacionado à deterioração de vínculos sociais, refletindo, por exemplo, na mendicância e no aumento do mal-estar familiar (COSTA, 2005). De acordo com Costa (2005, p. 88), “o mero

consumo de drogas, além de trazer danos ao consumidor, traz, no mínimo, perigo de danos à sociedade como um todo, como em seu convívio social, profissional, familiar, etc..”.

O potencial lesivo à saúde da coletividade justifica, por conseguinte, a tutela penal como forma de inibir as pessoas a se drogarem. Conforme Greco e Rassi (2010, p. 25),

mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão de tóxicos. O toxicômano, normalmente, acaba traficando, a fim de obter dinheiro para a aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.

Outro argumento de destaque que fundamenta a necessidade da criminalização do consumo de drogas é da sobrecarga do sistema de saúde pública. Quando um indivíduo que se vicia em droga busca tratamento de saúde advindo de alguma complicação decorrente do abuso de substâncias ilícitas, impacta todo sistema de saúde pública, implicando custos diretos ao erário (ARAÚJO, 2012).

Vale destacar também a justificativa de que o consumo de drogas reflete diretamente no crescimento de outros crimes, na medida em que, na maior parte das vezes, os crimes associados aos vícios de drogas são cometidos como forma de sustento do vício. (WEIRGETH, 2010). Nessa esteira, outro argumento para a criminalização surge com o entendimento de que o uso de drogas ilícitas serve como fomento para o tráfico de drogas, de modo a contribuir diretamente para o fortalecimento das organizações criminosas. (COSTA, 2005).

Considerando as mazelas sociais oriundas do consumo de drogas, a intervenção penal surge como instrumento para atuar de forma preventiva, a fim de reduzir a oferta e a demanda de drogas. Esse objetivo da legislação “vai ao encontro da ideologia criminológica de defesa social com o estabelecimento de mecanismos racionais de repressão e/ou erradicação do delito” (CARVALHO, 2013, p. 89). De acordo com Andrade (1994, p. 231),

a ideia de defesa social através do direito penal se materializa principalmente na função da pena como meio de controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral – intimidação- e especial-ressocialização

Por conseguinte, a adoção das medidas penais elencadas no artigo 28 embora tenham, oficialmente, um viés de medidas educativas, detêm também, de certo modo, um caráter punitivo–retributivo como forma de coibir o consumo de drogas e, desse modo, afetar diretamente a demanda de drogas. “É por isso que permanecem proibidas as drogas e todas as

condutas que incidam sobre elas, independente de terem sido praticadas para consumo próprio ou não”. (BIANCHINI, 2007, p. 28).

O tipo penal de porte e posse de drogas para uso pessoal se caracteriza por ser um crime de perigo abstrato. Nesse sentido, “para a existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos” (GRECO; RASSI, 2010, p. 83). Ademais, o tipo penal é considerado de perigo comum, pois a conduta afeta a saúde de um número indeterminado de pessoas. Conforme Silva (2016, p. 43),

os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas. O sujeito sob o efeito de droga é um risco não apenas para si próprio, mas também para as pessoas que estão à sua volta.

A despeito das justificativas para a criminalização do porte e posse de drogas para consumo pessoal, é incontroverso que a tipificação da conduta colide diretamente com determinados direitos fundamentais, bem como princípios limitadores do direito penal. Esse fato demonstra a desproporcionalidade da intervenção do Direito Penal na vedação da conduta,

É importante destacar que a tutela penal somente se justifica quando socialmente necessária, de modo a ser imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, devendo se considerar os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana (PRADO, 2019). Nesse diapasão, a análise da norma sob o prisma do núcleo axiológico constitucional se mostra primordial, a partir do aparente conflito de princípios e direitos fundamentais.

4. Inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343 de 2006.

Uma das características dos Estados democráticos modernos consiste na constitucionalização de direitos fundamentais, na medida em que tais direitos buscam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (BONAVIDES, 2019, p. 560). Devido à importância desses direitos, torna-se imprescindível a sua inserção em um documento com força vinculativa superior. (BRANCO, 2017). Dessa forma, uma das peculiaridades das constituições democráticas é a atribuição de caráter normativo às suas disposições, de modo a sobrelevar tanto os direitos fundamentais, quanto

determinados princípios em relação às normas infraconstitucionais, devido à supremacia material e axiológica desses dispositivos (BARROSO, 2013).

A partir do fato de a Constituição se tornar o centro do ordenamento jurídico, é imprescindível que os instrumentos normativos estejam em consonância com os direitos e princípios fundamentais, de modo que a interpretação dos diplomas legais do ordenamento deve ser realizada à luz da Constituição. Conforme Barroso (2013, p. 192 e 197),

a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismo ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; (...) e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Com relação à atribuição normativa aos princípios constitucionais, estes se caracterizam por “não serem como as regras, possuindo comandos imediatamente descritivo de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (BARROSO, 2013, p. 199). Dessa forma, os princípios são dotados de caráter de generalidade, pautados por seu conteúdo axiológico, de modo a auxiliar o processo interpretativo das normas, ou comportando-se, em determinados casos, como lei jurídica suprema (ALEXY, 1998).

Dispondo sobre o caráter normativo dos princípios contidos na Constituição de 1988, bem como a sua função no processo de interpretação das normas infraconstitucionais, Branco (2020, p. 53) aduz que

com a materialização da Constituição, postulados éticos-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.

Cabe destacar também a natureza normogenética dos princípios, que, segundo Canotilho (1993, p. 167), “são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. Nesse aspecto, verifica-se que - em um Estado democrático de direito, pautado na promoção da dignidade da pessoa humana - as normas de caráter principiológicos constituem sua essência, sendo, portanto, sobrelevados como direitos fundamentais (BARROSO, 2013).

Os direitos fundamentais consagrados nas constituições correspondem aos direitos do homem livre e isolado em face do Estado, sendo configurado por uma liberdade “em princípio

ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável” (BONAVIDES, 2019, p. 561). Dessa forma, os direitos fundamentais se configuram como a *ratio essendi* de um Estado Constitucional, e possuem a finalidade de estabelecer limites ao poder político, a partir da incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (CANOTILHO, 1993; MORAES, 2013).

Devido à constitucionalização dos direitos fundamentais e às mudanças ocorridas nos contextos históricos, sociais, políticos e econômicos, há um evidente fenômeno de colisões dessas normas. De acordo com Barroso (2013, p. 231), “as Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem com a evolução histórica, econômica, social e cultural dos povos”.

Portanto, a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais não são estáticas, estando constantemente se adaptando à realidade fática, sendo esse processo fundamental para garantir inclusive a força normativa da Constituição. Consoante Hesse (2004, p. 4), “a força normativa não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente”. Nesse processo, é natural que haja colisões de direitos fundamentais em um determinado caso concreto observado.

No caso dos conflitos entre direitos fundamentais, é importante destacar que tais direitos não são absolutos, podendo um ser relativizado em relação a outro, a depender do contexto fático. (TRINDADE, 2017). Conforme Branco (2020, p. 230 e 231) “(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, alínea a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”

Exemplo de conflito de direitos fundamentais ocorre em relação à criminalização da conduta do porte e posse de drogas para consumo pessoal, na medida em que o direito fundamental à saúde pública, a qual é o bem jurídico tutelado pela norma penal, se contrapõe ao direito fundamental da intimidade e da vida privada, elencados no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (BRASIL, 1988).

É incontroverso que o consumo de drogas detenha a potencialidade de ocasionar danos físicos, psicológicos e sociais aos usuários, porém, do mesmo modo, é evidente que a incidência penal em relação à conduta revela-se desproporcional, ao elidir o livre gozo dos direitos à intimidade e à vida-privada. Com relação à essencialidade dos direitos de liberdade individual,

conforme o matiz constitucional democrático e libertário, não deve o Estado restringir a autonomia de vontade do indivíduo, quando não seja para finalidade de raiz constitucional, devendo manter essa autonomia o mais larga quanto possível (NESPOLO; FERRARESI, 2020).

Destarte, no caso do consumo de drogas, é necessário realizar uma ponderação de qual direito deverá prevalecer no conflito entre o direito à saúde pública, o direito à privacidade e à vida-privada dos indivíduos. Para tal fim, torna-se imprescindível a análise da compatibilidade da aplicação da intervenção penal na liberdade individual como forma de tutelar a saúde pública, devendo-se considerar primordialmente os princípios básicos do direito penal.

O direito penal como instrumento de controle social constitui o modo mais gravoso de intervenção na vida e na liberdade do indivíduo, porquanto prevê a imposição de penas restritivas de liberdade e, em alguns casos, medidas de segurança àqueles que infringem o tipo normativo. Dessa forma, “sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social” (CAPEZ, 2020, p. 24).

Nessa toada, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, sendo justificável a sua incidência apenas quando outros ramos do Direito se mostrarem insuficientes para tutelar bens jurídicos primordiais, sendo essa ideia decorrente do princípio da intervenção mínima do direito penal. Tal princípio aduz que a criminalização de uma conduta somente se justifica quando constitui um meio necessário para a prevenção de ataques a bens jurídicos primordiais (BITTENCOURT, 2020).

Não há como negar que a saúde pública é um bem jurídico de significativa importância que requer a tutela estatal. Do mesmo modo, é inegável que o consumo tanto de drogas lícitas como ilícitas possui o condão de ocasionar danos à saúde do indivíduo. No entanto, deve ser levado em consideração que outros ramos do direito demonstram ser suficientes para tutelar a saúde pública. Ademais, deve ser questionado se o mal de consumir as drogas consideradas ilícitas possui expansibilidade de gerar prejuízos a saúde de terceiros, ou se reflete apenas na esfera individual daqueles que optam por usá-las. Nesse sentido, a discussão da problemática sob a égide do princípio da lesividade se torna primordial.

O princípio da lesividade tem como premissa limitar o poder punitivo estatal, fundamentado na concepção de que a criminalização de determinadas condutas somente se justifica quando viole ou gere ameaças diretas a direitos de terceiros (GRECO, 2017). Consoante tal princípio, é contraproducente a criminalização de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (BATISTA, 2007). Nesse sentido, toda conduta, fruto de uma escolha

peçoal que não extrapole a esfera particular do agente deve ser respeitado pela sociedade e pelo Estado (BITTENCOURT, 2020; PRADO, 2020).

Impende destacar também a diretriz da aplicação do princípio da lesividade direcionada ao legislador, segundo a qual, no processo de criação de normas, deve haver um sopesamento entre a criminalização de condutas e a liberdade individual. Conforme Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 26), “o princípio da lesividade impede a criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais”.

Portanto, o princípio da lesividade serve como limitação à esfera punitiva em relação às escolhas pessoais dos indivíduos, as quais não extrapolam a sua esfera particular, pois o referido princípio “impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros” (FERRAJOLI, 2002, p. 372).

Do mesmo modo, tratando sobre o princípio da lesividade, Claus Roxin (1997, p. 25) afirma que “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”. Verifica-se, portanto, que o princípio da lesividade busca assegurar a proteção dos direitos à intimidade e à vida-privada, os quais constituem um aspecto basilar em um Estado democrático de direito, pautado na promoção da autodeterminação individual, cuja penetração é vedada, desde que não comprometedor da liberdade alheia (CUNHA, 2007).

Dispondo sobre o princípio da lesividade e a limitação de direitos individuais, Carvalho (1996, p. 218) destaca que

nenhuma norma penal será legítima se intervier nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade.

Conclui o retromencionado autor (p. 218), afirmando que

assim, está garantido ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto), haverá intervenção penal legítima.

Com relação à posse e ao porte de drogas para consumo pessoal é evidente que não há como identificar ofensa a bens jurídicos de terceiros, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (KARAM, 2006). O dano decorrente do consumo de drogas é autônomo e se consuma

a partir de uma escolha individual, não representando ameaça direta à saúde pública. Nesse sentido, Carvalho (1996, p. 249) aduz que, com relação ao uso de drogas,

a vítima (se assim se pode dizer), na realidade, é o próprio usuário que participa consensualmente no fato, não exige tutela jurisdicional, não sente dano em relação ao verdadeiro bem jurídico (integridade física) e não deixa de consumir sua substância de eleição pelo fato de estar criminalizada.

Por conseguinte, é patente que os efeitos da conduta do consumo de drogas são individuais, de modo que seu resultado incide apenas na esfera particular, restrita à pessoa, ou seja, o dano gerado é próprio, configurando uma autolesão. A partir de tais considerações, torna-se evidente que a tipificação penal da conduta do consumo de drogas vilipendia o direito fundamental da autodeterminação dos indivíduos, porquanto impede a liberdade de escolha do indivíduo, inclusive em relação à disposição de seu próprio bem jurídico. Conforme Alexandre Bizzoto et. al (2010, p. 45), “o art. 28, que criminaliza a posse de droga para consumo pessoal, é inconstitucional, porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo”.

Insta ressaltar que a legislação penal não pune a autolesão ou a tentativa de suicídio, desde que o indivíduo possua discernimento (MARTINELLI, 2009). Tampouco a norma pune a opção de uma vida desregrada do ponto de vista alimentar ou sedentária, hábitos que também podem afetar a saúde pública. O Estado deve assegurar a autonomia e a liberdade individual, quando as escolhas pessoais dos indivíduos não afetarem direitos de terceiros, de modo que “o indivíduo é senhor do seu próprio corpo, cabendo ao mesmo decidir sobre o que consumir e não consumir” (BIZZOTTO et. al 2010, p. 42).

É importante destacar também que, mesmo adotando a concepção da legitimidade da tipificação de crimes de perigo abstrato, a conduta de consumir drogas produz riscos de lesão ao bem jurídico do próprio agente e não da coletividade em si. Dessa forma, “a proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger” (KARAM, 2013, p. 7).

Em decisão paradigmática, tratando sobre o princípio da lesividade na conduta de posse de drogas para consumo pessoal, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul decidiu que:

PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSENCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE (...)

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

-Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior – atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho (...) (TJRS, 5ª Câmara Criminal, ApCr 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003).

Ademais, sob a justificativa da tutela da saúde pública, insta ressaltar que a proibição das condutas relacionadas às drogas enseja maiores danos à saúde individual e coletiva, porquanto inviabiliza um controle oficial mínimo a respeito da qualidade das drogas produzidas e consumidas (BIACHINI, 2007). A partir da proibição de determinadas drogas, verifica-se que, em busca de maiores lucros no comércio de drogas, muitos traficantes acabam misturando outros materiais e substâncias diversas da matéria original, de modo a aumentar o volume da droga (KRUSCHINSKI, 2019). Essa prática expande o potencial lesivo do consumo das drogas na saúde dos consumidores, a partir de uma maior exposição dos usuários à intoxicação e morte por overdose.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal sobre o nível de pureza da cocaína, apontou cinco principais adulterantes encontrados na droga apreendida pela instituição, no ano de 2019 - cafeína, lidocaína, tetracaína, orfenadrina e benzocaína (BRASIL, 2021). Com exceção da cafeína, as outras substâncias são utilizadas originariamente como anestésicos, de modo que o consumo dessas substâncias em mistura com a droga pode aumentar o risco de morte por overdose (OLIVEIRA, 2010).

Nesse sentido, insta ressaltar um fato ocorrido na Argentina, no ano de 2021, onde foram registradas a morte de 20 pessoas, em uma mesma semana, decorrente do uso de cocaína adulterada com a substância Carfentanil, que é um opioide utilizado como anestésico para elefantes (Globo. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/02/10/cocaina-envenenada-que-causou-mortes-na-argentina-tinha-anestesico-para-elefantes.ghtml>. Acesso em 17/09/2023).

Outro ponto a se destacar consiste no fato de que a proibição das drogas enseja em um preço elevado dos produtos, fazendo com que muitos dependentes optem por utilizar drogas mais baratas, as quais muitas vezes geram maiores danos à saúde dos usuários (BIANCHINI, 2007). Nesse sentido, Carvalho (1996, p. 247) conclui que “a variante mercadológica da ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo em que o maior prejudicado é o consumidor”.

Deve-se destacar também que a criminalização das drogas obsta “os eventuais consumidores e dependentes da necessária assistência sanitária segura, inviabilizando os tratamentos adequados, quando necessários e desejados” (TORRES, 2015, p. 38). Nesse sentido, Gomes et.al (2007, p. 101) afirma que “o fato de os consumidores se encontrarem na marginalidade dificulta que os programas destinados à saúde pública atinjam essa importante parcela da população”.

Os programas de saúde orientados aos dependentes químicos são fundamentais para o tratamento eficiente do vício em drogas. Além disso, é primordial que esses programas atuem de modo preventivo, de forma a mitigar os danos à saúde dos usuários. A criminalização das drogas tem gerado empecilhos à implementação de políticas preventivas. (ALLONI; PAIVA, 2017). No Brasil, por exemplo, sob o aparato de violação à legislação penal, houve vedação à política municipal da prefeitura de Santos denominado “trocas de seringas”, que tinha o intuito de diminuir a incidência de HIV entre os usuários de drogas injetáveis (MOREIRA et. al, 2018).

Destarte, conforme as considerações expostas, é evidente que a criminalização das drogas resulta maiores danos à saúde pública, a qual a norma penal visa tutelar. Conforme Carvalho (2013, p. 406 e 407), no caso das drogas

com a finalidade de se proteger o bem jurídico da saúde pública, inúmeros danos à saúde, à autonomia e à liberdade de pessoas de carne e osso são cometidos. Esquecer o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal.

Outrossim, a justificativa da tutela da saúde pública para a tipificação da conduta de consumo de drogas aparenta ser um sofisma, que resvala diretamente no princípio da isonomia. O princípio da isonomia consiste no fato de que haja o mesmo tratamento jurídico àqueles que se encontram em igualdade de condições e situações (CANOTILHO, 1993). A diferenciação apenas se justifica quando haja uma peculiaridade fática que requeira um tratamento diferenciado, o que não se observa na seletividade penal do consumo de determinadas drogas.

Se a escolha individual de consumir drogas ilícitas ocasiona danos à saúde pública, é questionável o fato de outras substâncias, as quais são capazes de produzirem danos consideráveis à saúde, serem consideradas lícitas. Vale ressaltar que as substâncias consideradas lícitas, muitas vezes, produzem danos maiores do que determinadas substâncias ilícitas, de modo que parte delas estão relacionadas aos altos índices de doenças e mortes, a exemplo do cigarro e da bebida alcoólica.

O II Relatório Brasileiro sobre Drogas, elaborado pelo Ministério da Justiça em 2021, demonstra, por exemplo, que o álcool foi uma das substâncias responsáveis pelo maior número de internações ocasionadas pelo uso de drogas (BRASIL, 2021). A mesma pesquisa revela, por exemplo, a ausência de internações associadas ao uso de canabinóides, que são considerados ilícitos.

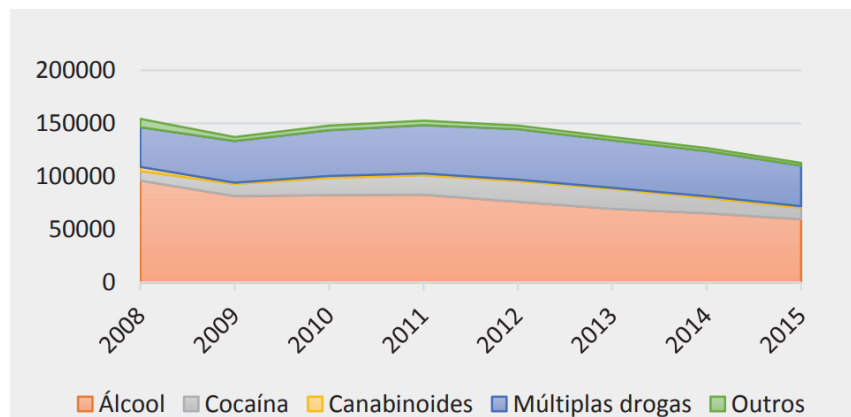


Figura 1: número de internações em decorrência do uso de drogas (2008 -2015)

Outro dado relevante trazido pela pesquisa aponta que 10,7% da notificação de atendimentos médicos relacionados com acidentes de transporte, quedas, queimaduras, lesões autoprovocadas, agressão/maus tratos, e outros acidentes traziam menção ao uso de álcool, nas últimas seis horas (BRASIL, 2021).

Com relação ao tabaco, um estudo feito pelo Instituto Nacional do Câncer demonstra que a substância

responde por 45% das mortes por infarto do miocárdio, 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica (enfisema), 25% das mortes por doença cérebro-vascular (derrames) e 30% das mortes por câncer. Outrossim, 90% dos casos de câncer de pulmão ocorrem em fumantes e, no ano de 2007, o tabagismo foi responsável por 200.000 mortes (BRASIL, 2007).

Destarte, considerando os dados apresentados, observa-se que “a distinção entre drogas lícitas e ilícitas se deu por pura conveniência política, sem avaliação empírica ou científica dos riscos de cada substância a ser controlada” (BOITEUX, 2015, p. 144). Com base em tais considerações, é possível verificar que a proibição de determinadas drogas sob a justificativa da tutela da saúde pública é uma falácia. Nesse sentido, vale destacar o entendimento de Karam (2013, p. 5) a qual afirma que:

certamente, não há qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam

alterações no psiquismo, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais. Todas são potencialmente perigosas e viciantes. Todas são drogas.

Outro princípio que demonstra a ilegitimidade do Direito Penal para coibir o uso de drogas é o da subsidiariedade, o qual se consubstancia na ideia de que o Direito Penal apenas deve intervir quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes para a proteção dos bens jurídicos selecionados (GRECO, 2017). É incontestável que o uso e o abuso de drogas, sejam lícitas, sejam ilícitas são maléficas para a saúde individual. Não obstante, é possível notar que é contraproducente a intervenção do Direito Penal no controle social do consumo de drogas, à medida que outros ramos do Direito apresentam condições promissoras e menos interventiva para o enfrentamento do problema das drogas, a exemplo do direito administrativo sancionador.

Ademais, impende destacar a notável falha do emprego do Direito Penal como instrumento de ameaça capaz de inibir a conduta dos indivíduos com relação ao uso de drogas. Tampouco a norma demonstra promover o tratamento médico e educativo eficiente aos viciados. Com relação ao uso de drogas ilícitas, a despeito de sua proibição, tem se observado um crescimento considerável de seu uso, ao longo dos últimos anos, não apenas no Brasil, mas no mundo inteiro (PERINI, 2020).

No Brasil, consoante os dados produzidos pelo II Relatório Brasileiro sobre o Uso de Drogas, no ano de 2015, houve 140.313 registros policiais por posse de drogas para uso pessoal em todo o país, representando um aumento de 9%, em relação ao ano anterior (2014-2015), e 144% se compararmos aos registros oficiais de 2008 (BRASIL 2021).

A partir da constatação desses índices, deve ser considerado o custo econômico do processamento de inúmeras ações penais decorrentes da aplicação do artigo 28 da lei de drogas, as quais sobrecarregam o Poder Judiciário em todo o país. O volume dessas ações também contribui para a morosidade da resposta do Judiciário a diversos conflitos graves, considerando a limitação de recursos.

Consoante Bianchini (2007, p. 60), "cada infração trivial ou duvidosa eliminada da lista das infrações criminais representa a libertação de recursos essenciais para uma resposta mais eficaz às prioridades cimeiras do sistema penal". Nesse sentido, verifica-se que a atipicidade penal do consumo de drogas resultaria na melhor alocação de recursos destinados à segurança pública e ao sistema judiciário. Os recursos poupados pela descriminalização poderiam ser mais bem geridos se fossem concentrados na repressão ao tráfico de drogas, e não nos usuários.

Do mesmo modo, deve ser verificado que as medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006 são inócuas para a resolução da problemática social oriunda do uso de drogas. O

fenômeno social do vício em drogas não será resolvido através da coação imposta pelo Estado, sob pena de obrigar que usuários participem de programas ou cursos educativos, nem o magistrado advertir sobre os efeitos das drogas, tampouco a imposição de prestação de serviços comunitário.

O vício em drogas obscurece a ponderação entre o risco de sofrer uma pena e a necessidade de satisfazer o uso da substância. Nesse caso, a satisfação do vício prepondera em relação ao risco de receber uma eventual sanção penal. Para que um indivíduo adicto possa se livrar da dependência do uso de drogas, é primordial que tenha acesso livre à serviços médicos de qualidade e que a vontade de se livrar do vício seja voluntária.

Um dos argumentos contrários à declaração de inconstitucionalidade da norma consiste na alegação de que haveria aumento do consumo de drogas. Porém, esse argumento não prospera quando se analisa a experiência de outros países como Portugal. A nova lei de drogas de Portugal descriminalizou, em 2001, a posse de todas as drogas para fins pessoais e conseguiu reduzir o consumo entre adolescentes, bem como aumentar o acesso a tratamento. (BOITEUX, 2015).

Outro exemplo de que a descriminalização das drogas não ensejou automaticamente o consumo de drogas é o do Uruguai, que legalizou o uso da maconha em 2013. Conforme pesquisa feita pelo Observatório Uruguaio de Drogas, o uso de cannabis por adolescentes na faixa etária entre os 13 a 17 anos não aumentou, desde a legalização das drogas (URUGUAI, 2019).

A questão fundamental que impacta na diminuição consumo de drogas é a educação e a conscientização dos indivíduos, não a coação do direito penal. Com relação ao uso de tabaco, é possível verificar que, após anos de investimentos em campanhas educacionais e de saúde, houve diminuição do uso da substância, no Brasil. Conforme dados do Ministério da Saúde, o Brasil foi o segundo país a alcançar as medidas de combate do uso do tabaco da Organização Mundial de Saúde (OMS) (BRASIL, 2019).

A respeito da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, outro indício fulcral de sua incompatibilidade com a Constituição é a violação ao princípio da legalidade, o qual se fundamenta diretamente na tipificação de condutas criminosas. Tal princípio se encontra materializado tanto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, quanto no artigo 1º do Código Penal, o qual dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940).

Considerando a inviabilidade da atualização legislativa em relação aos vários aspectos da criminalidade que se transforma a cada dia, surgem as normas penais em branco (AGUIAR,

2019). A norma penal em branco se configura por ser estruturalmente incompleta, havendo tão somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a complementação dos elementos subjetivos ou objetivos do tipo penal se encontra em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto normativo, a exemplo de determinados atos administrativos (PRADO, 2019).

Com relação à lei de drogas, o parágrafo único do artigo 1º define o objeto da tipificação penal, asseverando que “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006).

A partir da leitura do artigo supracitado, verifica-se que a Lei 11.343/2006 é considerada uma norma penal em branco, a qual requer complementação dada através de um ato normativo infra legal, o qual define as substâncias ilícitas (GOMES, 2007). Nesse caso, a definição das substâncias proibidas é feita através de um ato administrativo normativo, emanado em uma portaria da Agência de Vigilância Sanitária, autarquia vinculada ao Poder Executivo.

Dessa forma, a evidência da inconstitucionalidade da norma por infringência do princípio da legalidade se revela pela possibilidade de se instituir a criminalização de condutas sem passar pelo crivo do povo, através do Poder Legislativo, refletindo diretamente na segurança jurídica. Conforme Batista; Zaffaroni e Alagia (2003, p. 503),

através das leis penais em branco, o legislador penal está renunciando a sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito.

Outra problemática relacionada à Lei de Drogas consiste na clara similitude entre os tipos penais previstos no artigo 28 e artigo 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas). De acordo com o artigo 28, §2º, do retromencionado diploma legal,

para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, Lei 11.343/2006).

Ao analisar o dispositivo legal supracitado, é evidente que a norma deixa a critério subjetivo do operador do direito o processo de subsunção do fato à norma, conforme às circunstâncias fáticas do caso concreto. Não obstante, é primordial considerar que tal processo é influenciado diretamente por estereótipos criados a partir da figura do traficante, que, no

imaginário social, possui o apanágio de jovem negro, com baixa escolaridade e morador de bairros carentes (MACHADO, 2010).

No processo da construção desse imaginário do traficante de drogas, é imprescindível destacar o papel exercida pela grande mídia que difunde essa imagem construída do criminoso (BATISTA, 2007). A construção da imagem do traficante ocasiona injustiças e prisões arbitrárias, reforçando a seletividade penal de acordo com critérios econômicos, raciais e sociais dos indivíduos. No entendimento de Machado (2010, p. 1104),

quando se verifica, então, quais foram os mecanismos de criação de estereótipos de “traficantes”, de controle punitivo das classes sociais mais baixas, consideradas perigosas, e de repressão bélica ao tráfico de drogas, percebe-se que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão.

Nesse sentido, adotando-se o critério subjetivo, influenciado pela imagem estereotipada do traficante, pode-se constatar, muitas vezes, que a quantidade de droga apreendida em um bairro de classe média tem uma capitulação legal diferente da mesma quantidade apreendida em um bairro carente. Do mesmo modo, ocorre em relação à questão racial. Conforme Andrade (2023, p.10),

a população negra, por exemplo – que, em decorrência do racismo que opera como base fundante das estruturas sociais do Brasil, é sobrerrepresentada no cárcere, de modo contrastante à sua sub-representação nos espaços de poder – , continua sendo sistematicamente encarcerada no país, tendo como pano de fundo a guerra às drogas, cuja principal expressão no ordenamento jurídico brasileiro não é outro senão o artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Dessa forma, a subjetividade no processo hermenêutico, pode ensejar a aplicação de penas consideráveis em relação a fatos que na realidade são diferentes da aplicação dada pelo órgão julgador. Nesse sentido, verifica-se que, conquanto a Lei nº 11.343/2006 tenha sido formulada com o fito de despenalizar o usuário de drogas, tal norma é responsável por uma grande parcela dos presos em território nacional. Entre o ano de 2007 e 2013, o número de presos por tráfico de drogas aumentou de 15,5% para 25,5%, tendo a população carcerária aumentado 80% neste período (BRASIL, 2014). Cabe destacar que, conforme o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil, atualmente, representa a terceira maior população carcerária do mundo, em termos absolutos (BRASIL, 2023).

Somente as prisões decorrentes da aplicação da Lei de Drogas correspondem a 24,25% do total do número de prisões em dezembro de 2022 (BRASIL, 2022). Portanto, o aumento de pessoas encarceradas está relacionado diretamente com a prisão de usuários de

drogas que são acusados indevidamente como traficantes, tendo em vista a subjetiva diferenciação entre os tipos penais previstos para usuários e traficantes. Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro e em Brasília, verificou-se que a maioria dos presos por tráfico é formada por réus primários, os quais foram presos sozinhos, desarmados e com pequenas quantidades de drogas, e sem ligação com o crime organizado (BOITEUX et. al, 2009).

A partir da constatação desses fatos, é patente que a incidência do Direito Penal como instrumento de controle social do consumo de drogas revela-se custoso financeiramente e socialmente, implicando externalidades negativas para a sociedade, a exemplo do supracitado crescimento de pessoas encarceradas, bem como da cooptação de indivíduos para integrar organizações criminosas dentro do sistema carcerário. Outrossim, o proibicionismo reflete diretamente no fortalecimento do poder dessas organizações, devido ao seu monopólio no comércio ilegal de drogas que repercute diretamente na alta lucratividade dessa atividade. Conforme Karam (2009, p.41), “não são as drogas que geram criminalidade e violência, responsável pela violência é sim, o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência”.

5. Controle de Constitucionalidade da norma.

Tendo em vista as considerações expostas, é patente que a criminalização do porte e posse de drogas para consumo pessoal, disposta no artigo 28 da Lei 11.343/2006, enseja conflito entre direitos fundamentais. Inicialmente, cumpre mencionar que os direitos fundamentais se classificam como normas regras ou normas princípios, de acordo com diferenças qualitativas (ALEXY, 1998).

A diferenciação entre normas regras e normas princípios consiste no fato de que esta se caracteriza por ser um mandamento de otimização, de modo que sua aplicação deve ser realizada na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas; enquanto aquelas são normas que sempre deverão ser satisfeitas ou não satisfeitas. Caso a norma regra seja válida, deverá fazer exatamente aquilo que ela determina (ALEXY, 2006).

A despeito das diferenças explicitadas entre normas regras e normas princípios, ambas as classes compõem os direitos fundamentais e descrevem algo que deve ser (ALEXY, 2006). A diferenciação entre elas apenas se deu em sede doutrinária, a fim de auxiliar o processo interpretativo, bem como a aplicação das normas constitucionais, no caso de colisões de direitos fundamentais (MENDES, 2020).

Dissertando sobre a colisão de direitos fundamentais, Alexy (1998, p. 2) propugna que tal fenômeno se manifesta quando “o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular”. A respeito dos tipos de colisões de direitos fundamentais, Mendes (2020, p. 210) aduz que “podem decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade e (c) entre bens jurídicos coletivos.

A partir da constatação dos diferentes tipos de colisões de direitos fundamentais, foi estabelecida uma classificação por Alexy (1998), que distinguiu as colisões em sentido estrito, as quais se manifestam no conflito de direitos fundamentais individuais; e a colisão em sentido amplo, que se constitui a partir dos conflitos entre direitos fundamentais individuais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. Complementando o conceito de colisão em sentido amplo, Mendes (2020, p. 212) assevera que “são os que envolvem direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos e difusos”.

Com relação ao artigo 28 da lei de drogas, é notório que a colisão observada é de sentido amplo, porquanto a norma gera conflito entre o direito à intimidade dos indivíduos, que é um direito fundamental individual, e o direito à saúde pública, que é um direito fundamental coletivo e difuso. Para a análise da inconstitucionalidade do artigo supracitado, é fundamental o entendimento da classificação do tipo de regra atribuído ao direito à intimidade e o direito à vida privada, bem como ao direito à saúde pública.

Inicialmente, cumpre destacar que o direito à intimidade e o direito à vida privada estão diretamente interligados, não havendo, na doutrina, uma distinção tão clara de um em relação ao outro (GODOY, 2001). Para Silva (2001), a observação da clara similitude entre tais direitos leva a concluir que a intimidade e a vida privada formam apenas um instituto.

De acordo com Moraes (2013, p. 47), “o direito à intimidade forma a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”. Para o referido autor,

o direito à vida privada possui uma maior amplitude em relação ao direito à intimidade, de modo que o direito à intimidade “relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos” (MORAES, 2018, pg. 47).

O direito à intimidade, na concepção de Farias (1996, p. 113), comporta essencialmente três exigências:

a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações). Nesse viés, é possível verificar que o direito à intimidade visa preservar a autodeterminação e a liberdade dos indivíduos, evitando-se intromissões indevidas de terceiros na esfera particular dos sujeitos.

Portanto, observa-se que a autonomia e o direito de autodeterminação são imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, sendo um valor intrínseco de cada indivíduo (RODRIGUEIRO; MOREIRA, 2016). Nesse sentido, deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para a tomada de decisões de cunho pessoais, desde que não incidam riscos à direitos de terceiros, e que assumam a responsabilidade por tais atos.

Já o direito fundamental à saúde pública se constitui como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional (MENDES, 2020). Dessa forma, o direito à saúde coletiva consiste em um direito prestacional, de modo que os pressupostos fático-materiais são particularmente relevantes para o exercício pleno desse respectivo direito (MENDES, 2020).

Sobre a natureza jurídica do direito à saúde coletiva, Lenza (2021, p. 1847) assevera que o direito à saúde possui dupla vertente “a) de natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social”.

Adotando-se a concepção de norma princípio formulado por Alexy (2006), a partir da ideia da generalidade do comando normativo, bem como por sua característica de comando de otimização, o qual ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, conclui-se que tanto o direito fundamental à intimidade, quanto o direito à saúde pública configura-se como normas princípios. Destarte, verifica-se, em relação ao artigo 28 da Lei de Drogas, a ocorrência da colisão de direitos fundamentais se dá em relação a normas de cunho principiológicos.

Do mesmo modo, é evidente, conforme demonstrado, que a norma também colide diretamente com determinados princípios básicos do Direito Penal. Cabe ressaltar que os princípios básicos do Direito Penal, previstos na Constituição de maneira tanto explícita, quanto implícita, visam assegurar a liberdade do indivíduo, direito essencial da pessoa humana (RAMOS, 2018; ARAÚJO, 2009). Por conseguinte, verifica-se que os princípios do direito penal estão intrinsecamente relacionados com o da dignidade humana, a qual integra os princípios fundamentais da ordem constitucional que balizam todas as demais disposições constitucionais (MENDES, 2020).

Considerando a colisão de direitos fundamentais, bem como de princípios do Direito Penal, oriundo do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, torna-se imprescindível a adoção de técnicas para sanar o conflito, e definir qual direito deverá prevalecer. Uma das técnicas aplicadas para solucionar colisão de normas consiste na ponderação de interesses.

A ponderação de interesse consiste na técnica em que o aplicador do direito, diante do caso concreto de colisões entre direitos fundamentais, irá definir qual bem ou direito prevalecerá (BRANCO, 2020). Nesse processo, ocorrerá “concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do direito que irá prevalecer” (BARROSO, 2013, p. 200). Do mesmo modo, dissertando sobre a colisão de normas princípios, Alexy (2008, p. 93) afirma que

se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Dessa forma, “os princípios estariam sujeitos à ponderação em concreto, podendo-se aplicá-los, a partir daí, em variados graus” (ROQUE, 2009, p. 288). É importante destacar que o juízo de ponderação a ser exercido se fundamenta no princípio da proporcionalidade (MENDES, 2020). A proporcionalidade decorre da compatibilização da restrição de um interesse privado em prol do interesse público, devendo o Estado atuar em consonância com os meios a serem empregados para atingir determinados fins (CANOTILHO, 1993).

Com relação à criminalização da conduta de porte e posse de drogas para consumo pessoal, “há de se valorar a pertinência de tolher o direito de liberdade dos indivíduos com vistas à tutela de direitos outros, quando a lesão perpetrada seja de somenos relevância” (ARAÚJO, 2009, p. 291). Nesse diapasão, Bonavides (2019, pg. 393) aduz que “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente”.

Verifica-se, portanto, a desproporcionalidade da atuação do Direito Penal como forma de intervenção no comportamento dos indivíduos, de forma a coibir escolhas individuais, as quais não afetam ou produzem risco de lesões a bens jurídicos alheios. Outrossim, a finalidade pretendida pela norma do artigo 28, qual seja a tutela da saúde pública, pode ser alcançada mediante a adoção de outras medidas que se revelem mais adequadas e menos interventiva, a exemplo das políticas públicas educacionais e de saúde.

Portanto, no caso específico da criminalização do uso de drogas, o direito à intimidade dos indivíduos deve prevalecer em relação ao direito à saúde pública, na medida em que, na colisão com o direito fundamental à saúde pública, deve preponderar a autonomia de vontade, quando a vontade repercute apenas na esfera individual do sujeito. Outrossim, a tutela ao direito à saúde pública pode ser mais bem exercida com a adoção de outras medidas menos gravosas do que a intervenção do Direito Penal, visto que a norma se contrapõe aos princípios básicos do Direito Penal.

Nesse sentido, o direito fundamental à privacidade deve sobrepor diretamente a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição (CANOTILHO, 2006). De modo que, conforme Ferrajoli (2002, p. 543),

a lei deve estar subordinada também a vínculos substanciais, impostos pelos princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição. Para que a norma seja válida, não basta que a mesma tenha sido emanada segundo as formas pré-estabelecidas para a sua produção; é necessário que o seu conteúdo respeite os princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição.

Importante destacar que mesmo havendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, o consumo das drogas continuará a ser ilícito. Porém, não será um ilícito penal, forma mais gravosa de intervenção da liberdade dos indivíduos. O Direito poderá reagir com outros instrumentos, como, por exemplo, sanções administrativas. Isto inclui a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos e submissão a tratamento de saúde.

6. Considerações acerca do recurso extraordinário n. 635.659/SP

Considerando a inconstitucionalidade apontada, tramita, desde o ano de 2011, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 635.659/ SP, com repercussão geral, o qual questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Alega-se, no recurso, que inexistente qualquer desrespeito a pessoas ou bens jurídicos no simples consumo particular de drogas, consistindo tal uso em mero exercício da vida privada.

Cabe destacar trecho do voto do relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, que pugnou pela inconstitucionalidade do artigo retromencionado. De acordo com o ministro,

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”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto proferido em 20/08/2015).

Prossegue o ministro, destacando que " a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional" (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o relator votou pela inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, defendeu que sejam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa.

Em seguida, foi proferido o voto do ministro Edson Fachin, o qual deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, apenas no que diz respeito à droga objeto da controvérsia (maconha). O ministro justificou a delimitação do objeto do recurso exclusivamente à maconha, nos seguintes termos

a análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral possibilita a esta Corte extrapolar os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema, que para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Edson Fachin proferido em 10/09/2015).

Prossegue o ministro, concluindo que

em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Edson Fachin proferido em 10/09/2015).

Por fim, o ministro Fachin votou pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos: declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, especificamente para situação que,

tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; (ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e

do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Edson Fachin proferido em 10/09/2015).

Na sequência, houve o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que também restringiu o seu voto exclusivamente em relação à maconha. Colaciono trecho do voto do ministro, o qual consignou que

o caso concreto aqui em discussão, e que recebeu repercussão geral, envolve o consumo de 3 gramas de maconha. A droga em questão, portanto é a maconha. O meu voto trabalha sobre este pressuposto. É possível que algumas das ideias que eu vou expor aqui valham para outras drogas. Outras, talvez não. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Luís Roberto Barroso proferido em 10/09/2015),

O ministro Barroso também fundamentou o seu voto pela inconstitucionalidade da norma ante o princípio da lesividade, na medida em que não se vislumbra lesão a bem jurídico alheio, bem como pela desproporção na limitação do direito fundamental à privacidade e à vida privada pelo Direito Penal. Já que seu voto pela inconstitucionalidade da criminalização do consumo de drogas foi exclusivo para maconha, o ministro propôs um critério para delimitar a pequena quantidade para consumo pessoal, que seriam seis plantas fêmeas ou 25 gramas da droga (BRASIL 2015).

Após o voto do ministro Barroso, proferiu voto o ministro Alexandre de Moraes que também defendeu a inconstitucionalidade da norma em relação exclusivamente à maconha, fixando a seguinte tese:

- (i) não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente “maconha”, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
- (ii) nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior;
- (iii) A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Alexandre do Moraes proferido em 02/08/2023),

Após o voto do ministro Alexandre de Moraes, o relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, reajustou seu voto, que abrangia a descriminalização de todas as drogas, para restringir a declaração de inconstitucionalidade apenas para a maconha. Ele incorporou os parâmetros sugeridos pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de presumir como usuárias as pessoas flagradas com 25g a 60g de maconha ou que tenham seis plantas fêmeas.

Com voto divergente dos quatro ministros supracitados, Cristiano Zanin defendeu a constitucionalidade da norma e votou pela fixação da seguinte tese:

1) É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343.

2) Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343 para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o tribunal fixa, como parâmetro adicional, a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Cristiano Zanin proferido em 24/08/2023)

Por fim, ante a iminência de sua aposentadoria, a ministra Rosa Weber adiantou seu voto para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas no âmbito específico da maconha. A ministra apontou os seguintes argumentos: "tipificar o porte de drogas para consumo pessoal potencializa o estigma que recai sobre o usuário e acaba por aniquilar os efeitos pretendidos pela própria lei no atendimento, tratamento e reinserção econômica dos usuários e dependentes de drogas" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Rosa Weber proferido em 24/08/2023).

A ministra prossegue em seu voto, afirmando que "essa incongruência normativa, alinhada à ausência de objetividade na distinção entre usuário e traficante, além de incrementar o estigma social sobre o usuário, fomenta a condenação do usuário como se traficante fosse" (BRASIL, 2023). Após o voto de Rosa Weber, o ministro André Mendonça pediu vista. Até o momento, há 5 votos a 1, em favor da declaração de inconstitucionalidade do tipo legal previsto na lei de drogas em relação à maconha.

Observa-se que a tese fixada para o RE restringiu o pedido feito no recurso, ao definir seu alcance apenas ao objeto da causa de pedir. Impende destacar que o recurso interposto visava a declaração de inconstitucionalidade da norma que criminaliza o consumo de drogas, tendo em vista a ofensa ao direito à intimidade e à privacidade. O pedido não limitava que a declaração da inconstitucionalidade incidisse apenas em relação ao objeto da causa de pedir, ou seja, a maconha.

É evidente o menor potencial lesivo da maconha em relação a outras drogas, inclusive lícitas. Todavia, a vigência da norma em relação a outras drogas continua a impedir o pleno gozo do direito fundamental de personalidade, bem como violando princípios limitadores do Direito Penal.

Ao justificar a declaração da inconstitucionalidade da norma apenas sobre a maconha, o ministro Edson Fachin argumentou que, no processo de análise de um recurso extraordinário com repercussão geral, é possível “extrapolando os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema, que para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica” (BRASIL, 2015).

Todavia, a extrapolação dos limites do pedido ensejou a restrição da repercussão geral, ao definir a abrangência apenas aos casos relacionados à maconha. Tal fato demonstra certa incongruência, na medida em que os fundamentos jurídicos empregados para a declaração de inconstitucionalidade da norma apenas em relação à maconha também se aplicam a outras drogas.

Outrossim, a ocorrência das violações sistemáticas de direitos fundamentais em decorrência da vigência da norma é um fenômeno de âmbito social, jurídico, político e econômico que transcende apenas aos casos relacionados ao uso da maconha. Por conseguinte, houve uma limitação da repercussão geral, de algo que era mais amplo, por abranger todos os tipos de drogas, se tornou limitado.

Impende destacar que o pedido para declaração da inconstitucionalidade recai sobre uma norma que tipifica penalmente a conduta de consumo pessoal de drogas, descrevendo seus elementos objetivos e subjetivos. É a criminalização da conduta em si, independente do tipo de droga, que viola os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

Com a vigência da norma, o Estado continuará a intervir arbitrariamente na liberdade e autodeterminação dos indivíduos. Dessa forma, a produção de efeitos simultâneos de uma norma inconstitucional em relação à maconha, mas constitucional em relação às demais drogas, revela um paradoxo jurídico. Do mesmo modo, a norma mantém a atuação desproporcional da intervenção do Direito Penal, considerando que há outros meios jurídicos cabíveis para lidar com a problemática do uso de drogas, de maneira mais eficaz e menos drástica.

Ademais, a questão referente à ausência de parâmetros objetivos para a distinção entre traficante e usuário de drogas permanecerá em relação a outras drogas. A declaração de inconstitucionalidade, apenas nos casos envolvendo a maconha, não resolverá os problemas sociais oriundos da ausência desses parâmetros. Tal fato é diretamente associado ao considerável contingente de pessoas encarceradas, bem como tem fomentado a seletividade

penal nas ações de combate às drogas. Destarte, a declaração da inconstitucionalidade da norma não deve recair apenas em relação a uma droga, mas deve abranger a conduta como um todo.

7. Conclusão

O artigo 28 da Lei de Drogas foi instituído com o fito de promover a retirada do caráter criminal do consumo de drogas para promover uma ação de redução de danos. Nesse diapasão, a conduta que anteriormente era apenada com pena privativa de liberdade passou a ser sancionada com a aplicação de medidas educativas ou penas alternativas de direito.

Com o advento da nova legislação, suscitaram-se discussões, em sede doutrinária, acerca da natureza jurídica do dispositivo legal a partir da análise das medidas oriundas do novel legislativo. Um dos entendimentos desenvolvidos alegava que a conduta fora descriminalizada formalmente, porquanto promoveu a retirada da pena privativa de liberdade da conduta, deixando o fato de ser considerado crime.

No entanto, esse argumento, fundado na interpretação do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, não prosperou. Tal constatação decorre do fato de que a norma de introdução ao Código Penal não acompanhou as mudanças ocorridas na legislação penal, que passaram a prever outros tipos de pena, além das privativas de liberdade.

Dessa forma, o fato de o artigo 28 estar elencado no capítulo intitulado dos crimes e das penas da Lei de Drogas demonstra a intenção clara do legislador em manter o caráter delitivo das condutas. Destarte, a nova lei apenas implementou mudança no tratamento penal dado ao usuário de drogas, passando a aplicar medidas menos interventivas do que a privação de liberdade. Tal conclusão sustentou a tese da despenalização da medida, que é a prevalecente na jurisprudência dos tribunais superiores.

No entanto, a ideia da despenalização pressupõe a ausência de medida retributiva ao sujeito infrator da norma. No caso do artigo 28 da Lei de Drogas, é possível observar que as medidas impõem sanções, que intervêm diretamente na autodeterminação dos sujeitos. Portanto, o artigo 28 da Lei de Drogas promoveu a descarceirização da conduta, na medida em que continua sendo regida no âmbito penal, no entanto as sanções impostas são diferentes da pena privativa de liberdade.

A presente pesquisa demonstrou que a tipificação penal do consumo de drogas se justifica a partir da tutela da saúde pública. Não obstante, a criminalização da conduta gera conflitos com determinados direitos fundamentais, a exemplo do direito à privacidade e à vida privada. Do mesmo modo, foi demonstrado que a tipificação da conduta colide com determinados princípios limitadores do Direito Penal.

A partir do princípio da lesividade, restou evidenciado que o dano gerado pelo consumo de drogas é do próprio agente, não transcendendo a terceiros. Outrossim, aplicando-se princípio da intervenção mínima, verificou-se uma desproporcionalidade na atuação do Direito Penal como instrumento de regulação do comportamento dos sujeitos relacionados ao consumo de drogas. Nesse sentido, outros ramos dos sujeitos podem oferecer soluções mais profícuas para lidar com a problemática das drogas, de modo menos interventivo na autodeterminação dos indivíduos. Esse fato demonstra a deslegitimidade do Direito Penal no controle de uso de drogas.

Foi possível concluir também que a criminalização do consumo de drogas resulta na baixa qualidade da droga consumida, tornando maior o potencial danoso à saúde pública, que é o bem jurídico tutelado pela norma. Do mesmo modo, a criminalização da conduta ilide o desenvolvimento de políticas públicas voltados ao tratamento do usuário, devido às estigmatizações dos usuários. Tais políticas fornecem um potencial maior para prevenir e mitigar o abuso de drogas, do que a aplicação coercitiva das medidas previstas na norma penal.

Outro ponto importante abordado, ao longo do trabalho, consiste no fato da arbitrariedade do processo de definição das substâncias ilícitas, visto que determinadas drogas que possuem considerável potencial danoso à saúde pública são consideradas lícitas, enquanto outras de menor potencial lesivo permanecem ilícitas. Portanto, é possível constatar a falácia do argumento de que as drogas devem ser proibidas a fim de proteger a saúde pública.

Com relação à colisão de direitos fundamentais, a pesquisa demonstrou que, no caso em tela, há conflitos entre o direito à intimidade, à vida privada e à saúde pública. Ademais, foi demonstrado que esses direitos fundamentais são classificados como norma princípio. Partindo dessa classificação, foi aplicada a técnica de ponderação de interesses, a fim de verificar qual direito fundamental deve prevalecer em relação ao consumo de drogas.

Foi possível concluir que o direito à intimidade e à vida privada possui maior preponderância em relação ao direito à saúde, no caso do consumo de drogas. Essa conclusão decorre do fato de que as escolhas pessoais dos sujeitos devem ser respeitadas, quando não oferecem lesão ou risco de lesão a direitos de terceiros. Devido ao fato de que o consumo de drogas configura uma autolesão, não deve o Estado intervir indevidamente na vida privada do agente, de modo a impedir suas escolhas. Destarte, a norma se revela inconstitucional ao violar o direito fundamental à privacidade e à vida privada.

Por fim, foi tecida considerações acerca do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Conquanto o pedido da ação fosse pela declaração de inconstitucionalidade da norma como um todo, a suprema corte delimitou o

objeto apenas em relação à maconha, em sede de repercussão geral. A discussão da inconstitucionalidade de todas as drogas possuía um interesse jurídico, social, político e econômico mais amplo do que apenas da maconha. Portanto, repercussão geral foi delimitada para algo mais restrito.

Por conseguinte, a tese proposta pelo Supremo Tribunal Federal ensejará o fenômeno da vigência simultânea de uma norma inconstitucional para uma determinada droga, mas constitucional em relação a outras. Tal fato se reveste de perplexidade, na medida em que os direitos fundamentais violados a partir da norma são os mesmos para qualquer droga. Do mesmo modo, observa-se que os argumentos empregados para declarar a inconstitucionalidade da norma se aplicam a outras drogas ilícitas, além da maconha.

Da análise da tese proposta, conclui-se também que a problemática decorrente da ausência de distinção objetiva entre o usuário e o traficante permanecerá em relação a outras drogas, que são significativas na quantidade de consumo. Dessa forma, continuarão a ocorrer prisões arbitrárias decorrentes da seletividade penal na aplicação do artigo 28 da Lei 11.343. Por isso, a tese deveria abranger o artigo 28 como um todo.

Portanto, a conclusão geral que se extrai é que o consumo de drogas faz parte da sociedade, sendo um fenômeno que acompanha a trajetória humana, seja no uso religioso, cultural ou medicinal. Da mesma forma, é incontroverso que o abuso de drogas representa danos à saúde dos consumidores. No entanto, esse dano incide no âmbito particular, não violando direitos de terceiros. Dessa forma, o Estado deve respeitar a autonomia dos indivíduos ao estabelecer suas escolhas pessoais, desde que não lesem direito de terceiros. Não sendo proporcional a intervenção do Direito Penal como forma de coibir essas escolhas particulares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, B. M. Norma penal em branco heterogênea: uma análise sobre a insegurança jurídica no âmbito constitucional. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 25, p. 34–53, 2019.

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10 de dezembro de 1998. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALLONI, Rafael Tobais de Freitas; PAIVA Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Salas de consumo de drogas: situando o debate no Brasil. Artigo estratégico n. 28. Rio de Janeiro, set. 2017.

ALMEIDA, Kauane Bernstei de. Descriminalização ou despenalização da posse de drogas para consumo pessoal. Revista da ESMESC. Florianópolis, v.29, n. 35, p. 268- 287, dez. 2022.

ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani de. Análise crítica dos Impactos da Lei 11.343/06 nos rumos do encarceramento no Brasil. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, ed. 231, v. 11, Fortaleza, mar. 2023.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O Princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 273 – 315, mar. 2009.

ARAÚJO, Tarso. Almanaque das drogas. 1. ed. São Paulo: Editora Leya, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 5. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BIANCHINI, Alice. Capítulo I – Dos princípios e dos objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. In: GOMES, Luís Flávio (coord.). Lei de Drogas comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 36 – 47.

BITTENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de direito penal v.1: parte geral (arts. 1 a 120). 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BIZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. Comentários críticos à lei de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOITEUX et. al. Série pensando o direito: tráfico de drogas e Constituição. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BOITEUX, Luciana Rodrigues de Figueiredo. Opinião Pública, política de drogas e repressão penal: uma visão crítica. In: BOKANY, Vilma. (coord.). Drogas no Brasil: entre a saúde e a justiça, proximidades e opiniões. 1ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 143-158.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos da teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 135 – 190.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Cidadania nos presídios, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL, Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Diário Oficial da União, Brasília, 01 set. 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL, Departamento de Polícia Federal. Perfil químico da cocaína apreendida pela Polícia Federal do Brasil em 2020. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/relatorio-de-drogas-sinteticas-2020/perfil-quimico-da-cocaina-apreendida-pela-policia-federal-no-ano-de-2020.pdf>. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 dez. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.html. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL, Instituto Nacional do Câncer – Ministério da Saúde. Tabagismo: um grave problema de saúde pública. 1. ed. Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.html. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. II Relatório brasileiro sobre drogas: sumário executivo. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. Brasil é o 2º país a alcançar as medidas de combate do tabaco da OMS, 2019. Disponível em [https://aps.saude.gov.br/noticia/5574#:~:text=O%20Brasil%20%C3%A9%20um%20dos,Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20\(OMS\)](https://aps.saude.gov.br/noticia/5574#:~:text=O%20Brasil%20%C3%A9%20um%20dos,Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20(OMS)). Acesso em 20/09/2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Públicas – Ministério da Justiça. Dados estatísticos do Sistema Penitenciário, 2022. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos da Lei 11.343 de 2006. Brasília, Senado Federal, 2002. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em 20/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1500884/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA. julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. Edição n. 131. Brasília, 23 de agosto de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto proferido em 20/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Alexandre do Moraes proferido em 02/08/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Cristiano Zanin proferido em 24/08/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Edson Fachin proferido em 10/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Luís Roberto Barroso proferido em 10/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES. Voto Rosa Weber proferido em 24/08/2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Mariana Cerqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

CARVALHO. Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Fernando José da. Descriminalização do porte e do uso de substância ilícita. *In: Reale Júnior (coord.). Drogas aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87 – 91.

CUNHA, Rogério Sanches. Capítulo II – Dos crimes. *In: GOMES, Luís Flávio (coord.). Lei de Drogas comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 173-208.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Luís Flávio. Capítulo III – Dos crimes e das penas. *In: GOMES, Luís Flávio (coord.). Lei de Drogas comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 145 – 170.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente Greco. RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 1. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

FERRARI, K. A.; COLLI, M. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06. *Unoesc & Ciência - ACSA*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 7–16, 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. São Paulo: Safe, 2004.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Gendarme do direito: a tutela da saúde pública frente à pandemia do novo coronavírus. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 904 – 923, set. 2020.

KARAM, Lucia Maria. Proibições, riscos, danos e enganos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 169–189, jan./abr, 2013.

KRUSCHINSKI, Táize. Levantamento dos principais adulterantes encontrados em amostras de cocaína: uma revisão de escopo. 2019 (Trabalho Conclusão do Curso em Farmacêutica) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. Revista Liberdades. n.2, p. 13 – 24, set./dez., 2009.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Lei de drogas - aspectos penais e processuais. São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação dos direitos constitucional. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 192 – 254.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA et. al. Redução de danos: tendências em disputa nas políticas de saúde. Revista brasileira de enfermagem. v. 72, p. 326- 335, 2018.

NESPOLO; FERRARESI, A (In)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006: a inexatidão da redação e interpretação adequada à luz da Constituição Federal. Revista JurisFIB, volume XI, ano XI, pg. 83-100, dez. 2020.

OLIVEIRA, Camila Louis. Os danos neuropsicológicos causados pelo uso crônico do crack. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Psicologia) – Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2010.

PERINI, Guilherme de Barros. Relatório Mundial sobre Drogas 2020: Breves Considerações da Coordenação do Comitê do MPPR de Enfrentamento às Drogas. Curitiba: Ministério Público do Paraná, 2020.

PRADO, Luiz Regis Curso de Direito Penal Brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Suzane Maria Carvalho do. Artigo 28 da Lei 11.343/2006 – Natureza Jurídica e Consequências Processuais. Teses, Ministério Público de São Paulo, 2017. Disponível em https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2017/ARTIGO_28_D_A_LEI_11343-2006.pdf. Acesso em 20/09/2023.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida; MOREIRA, José Claudio Domingues. O direito social à saúde na perspectiva da constituição de 1988: um direito individual, coletivo e em construção. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.50, n.66, p.143-159, jul./dez. 2016
- RODRIGUES, Luciana. B. de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade, 2006.
- ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, José Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC, 2008.
- SILVA, César Dario Mariano da. Lei de Drogas Comentada. 2 ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 206.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. A inconstitucionalidade da criminalização das drogas. *In*: BOKANY, Vilma (coord.). Drogas no Brasil: entre a saúde e a justiça. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.
- TRINDADE, João Cavalcante. Direito constitucional objetivo. 6 ed. Brasília: Alumnus, 2017.
- URUGUAI, Observatorio Uruguayo de Drogas. IX Encuesta Nacional sobre consumo de drogas en estudiantes de enseñanza media, 2022. Disponível em <https://www.gub.uy/junta-nacional-drogas/tematica/oud>. Acesso em 20/09/2023.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.