



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL – CAN
CURSO DE DIREITO

**INEFICÁCIA DO PROIBICIONISMO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO
PRÓPRIO: VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA
VIGÊNCIA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS**

LUCAS CAVALCANTE MONTEIRO

NATAL/RN
2021.2

LUCAS CAVALCANTE MONTEIRO

**INEFICÁCIA DO PROIBICIONISMO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO
PRÓPRIO: VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA
VIGÊNCIA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS**

Artigo apresentado à Universidade do Estado Do Rio Grande Do Norte, no Curso de Direito como parte do requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Me. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior.

NATAL/RN
2021.2

LUCAS CAVALCANTE MONTEIRO

**A INEFICÁCIA DO PROIBICIONISMO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO
PRÓPRIO: VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA
VIGÊNCIA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS**

Artigo apresentado à Universidade do Estado Do Rio Grande do Norte, no Curso de Direito como parte do requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior.

Aprovado em 29 de abril de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Claudomiro Jr

Prof. Me. Claudomiro Barista de Oliveira Júnior- Orientador
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof(a). Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof(a). Carlos Sérgio Gurgel da Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

INEFICÁCIA DO PROIBICIONISMO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA VIGÊNCIA DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Lucas Cavalcante Monteiro¹

RESUMO: O presente artigo, por meio de pesquisas jurídicas de natureza qualitativa e método hipotético-dedutivo para se analisar o problema, objetiva apresentar de que forma a aplicação da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas garante os direitos e liberdades individuais assegurados pela Constituição Federal, com a finalidade de proporcionar a não estigmatização dos usuários. Nesse sentido, busca preambularmente trazer à baila, por meio do método observacional da pesquisa descritiva, a ineficácia histórica das propostas proibicionistas impostas no âmbito internacional contra o consumo pessoal de drogas na sociedade, haja vista que o desígnio estatal de diminuir a circulação de drogas do convívio social teve resultado inversamente proporcional ao pretendido, ou seja, o consumo e venda de drogas aumentou mesmo com a proibição. Na mesma esteira, com o procedimento metodológico bibliográfico, o estudo também analisa a vigente legislação de drogas no ordenamento jurídico pátrio, comparando com a legislação e jurisprudência de outros países, além de trazer o julgamento pela Supremo Tribunal Federal no RE 635.659/SP, pelo qual está pendente desde 2015, tendo sido proferido três votos até o momento, todos no caminho da descriminalização. Por conseguinte, será explorado às violações aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal causadas pela manutenção da vigência do art. 28 da Lei de Drogas.

Palavras-chave: Drogas. Consumo pessoal. Inconstitucionalidade. Art. 28 da Lei de Drogas. Constituição Federal. Direitos fundamentais.

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. E-mail: lucasmonteiro@alu.uern.br

ABSTRACT: This article, through legal research of a qualitative nature and hypothetical-deductive method to analyze the problem, aims to present how the application of the unconstitutionality of art. 28 of the Drug Law guarantees individual rights and freedoms guaranteed by the Federal Constitution, with the purpose of providing non-stigmatization of users. In this sense, it preambularly seeks to bring to light, through the observational method of descriptive research, the historical ineffectiveness of prohibitionist proposals imposed in the international sphere against the personal consumption of drugs in society, given that the state's intention to reduce the circulation of drugs in the social interaction had a result inversely proportional to what was intended, that is, the consumption and sale of drugs increased even with the prohibition. In the same vein, with the bibliographic methodological procedure, the study also analyzes the current drug legislation in the Brazilian legal system, comparing it with the legislation and jurisprudence of other countries, in addition to bringing the judgment by the Supreme Court in RE 635.659/SP, by which has been pending since 2015, with three votes cast, all on the path to decriminalization. Therefore, violations of fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution caused by the maintenance of the validity of art. 28 of the Drug Law.

Keywords: Drugs. Personal consumption. Unconstitutionality. Art. 28 of the Drug Law. Federal Constitution. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO CONSUMO DE DROGAS NA SOCIEDADE. 2.1 Evolução do Proibicionismo na esfera internacional. 2.2 Fracassos da Proposta Proibicionista. 3. LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL. 3.1. Tratamento penal estabelecido aos usuários de drogas. 3.2 Critérios utilizados para distinguir o tráfico do porte de drogas para consumo pessoal. 3.3 Precarização do sistema carcerário em virtude das condenações por tráfico de drogas. 3.4 Estigmatização do usuário de drogas perante a sociedade. 4 VOTOS DOS MINISTROS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP. 4.1 Contextualização do caso concreto. 4.2 Voto do ministro relator Gilmar Mendes. 4.3 Voto do ministro Luiz Edson Fachin. 4.4 Voto do ministro Luís Roberto Barroso. 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS COM A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. 5.1 Decisões das Supremas Cortes da Argentina, Colômbia e Portugal no sentido da descriminalização de drogas para consumo pessoal. 5.2 Princípio da Igualdade ou Isonomia. 5.3 Princípio da Intimidade e Vida Privada. 5.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 5.5 Princípio da Proporcionalidade. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Prefacialmente, fulcral trazer a lume que o tema relacionado às drogas sempre foi encarado como controverso na sociedade, um verdadeiro tabu entre as pessoas, considerado um tema a ser evitado por envolver liberdades individuais, ou seja, no que tange exclusivamente à esfera individual do cidadão, assim como é o aborto. Frente a esse raciocínio, insta destacar que ainda há muita divergência doutrinária quanto a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, que abrange a figura do usuário (protagonista do presente trabalho).

Além disso, crucial frisar também que não foi consolidado na jurisprudência pátria, pois atualmente está pendente de julgamento pela Corte Constitucional Brasileira no Recurso Extraordinário 635.659/SP desde 2015, tendo sido proferido três votos, todos no sentido da descriminalização.

Diante disso, importante entender que atualmente há um dissenso acalorado em virtude dessa pauta, pelo qual por um lado há os que entendem como liberdade individual de cada cidadão, em que por não atingir terceiros, somente a si mesmo, não cabe a intervenção do Estado, levando em conta que, nesse contexto, a saúde está inserida na esfera individual e não na coletiva.

Por outro lado, a corrente contrária à descriminalização, no que se refere a saúde pública, defende que não há uma proteção apenas à saúde do agente consumidor de drogas, mas sim a toda coletividade, em razão do seu potencial lesivo, por tratar-se de perigo abstrato, e que pode ocorrer a difusão da droga quando o indivíduo está em sua posse, ocasionando em sérios riscos à sociedade.

Nesse contexto, impende salientar que embora este tema seja encarado como deveras controverso na sociedade, como retromencionado, deve também ser discutido em razão de sua relevância social, econômica e jurídica, assim, é imprescindível compreender, por meio desta fundamentação teórica, que o objetivo geral deste trabalho é apresentar de que forma a aplicação da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas vai garantir os direitos e liberdades individuais assegurados pela Constituição Federal, com o fulcral desígnio de proporcionar a não estigmatização dos usuários.

No mesmo pórtico, é de demasiada notoriedade que se construiu uma noção estigmatizada frente ao tema, que ensejou na adoção de políticas proibicionistas e repressivas em detrimento de políticas públicas alternativas sobre drogas. Assim, este estudo tem como desígnio evidenciar a ineficácia histórica das propostas proibicionistas no âmbito nacional e

internacional contra o consumo pessoal de drogas na sociedade, tendo sido iniciado com o discurso “War on Drugs” implementado pelos Estados Unidos na década de 70.

Frente as informações balizadas, cabe contextualizar que a política de combate às drogas adotada pelo Brasil se dá com a Lei 11.343/06², pelo qual prevê que apenas o traficante estará sujeito a pena de restrição de liberdade, enquanto que o usuário, isto é, aquele que adquire ou guarda consigo droga para consumo pessoal, previsto no art. 28 do mesmo dispositivo, estará sujeito às penas alternativas, não podendo ser preso. Diante dessa perspectiva, o presente trabalho vai se dispor também a analisar a vigente legislação de drogas no ordenamento jurídico brasileiro e descortinar o entendimento jurisprudencial vigente.

Ademais, outra questão essencial a ser sobreposta repousa no fato de que a lei não deixa evidente a diferença entre o traficante e usuário, pois não estipula uma quantidade mínima como parâmetro para ser analisado, deixando apenas a cargo do magistrado o julgamento no caso concreto, o que leva muitos indivíduos com pequenas quantidades a serem enquadrados como traficantes e, por consectário lógico, conduzidos à prisão. Neste arnês, será explorado ao longo deste artigo a precarização do sistema carcerário em virtude das condenações pela dificuldade de distinção do usuário com a figura do traficante.

Outrossim, o prisma do presente trabalho está justamente nas consequências negativas da vigência do art. 28 desta Lei, tendo em vista que embora o dispositivo legal não penalize o usuário com a pena de prisão, ainda sim prevê como crime tal conduta, o que faz dele estigmatizado pela sociedade e, conseqüentemente, dificulte a sua busca por tratamento de saúde, para que se livre do vício.

Caminhando na linha dessa intelecção, além da problemática levantada, o cerne da questão de drogas no Brasil, ou seja, a alma deste trabalho, está pautada na inconstitucionalidade do art. 28 do dispositivo legal mencionado alhures, pois viola os direitos e liberdades individuais garantidos pela Constituição a todo cidadão e o presente trabalho vai se propor a delinear cada princípio constitucional maculado, *exempli gratia* os princípios da intimidade e da vida privada.

Para tanto, a presente pesquisa se dará de forma bibliográfica, de modo que as informações necessárias para a realização desse averiguado estudo sejam obtidas a partir do apuramento de autores especializados encontrados em artigos científicos, livros, dissertações, teses, entre outras fontes, bem como, se lastreando pelas leis, jurisprudência pátria e

² BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 27 de jul. de 2021.

jurisprudência de outros países a fim de comparar a aplicação da inconstitucionalidade na criminalização do consumo de drogas para uso pessoal- a exemplo de Portugal- para o Brasil, analisando-se a viabilidade de adotar tal medida no nosso ordenamento jurídico.

Em complementação ao suso exposto, em virtude dos materiais supramencionados que vão ser utilizados para o embasamento e fundamentação da pesquisa, não há outro horizonte senão o da utilização da pesquisa qualitativa quanto à abordagem de coleta de dados e acerca dos objetivos, vai se pautar na pesquisa descritiva, especialmente com o método observacional e da técnica de análise textual discursiva, com a finalidade de interpretar e explicar tais fatos, como na análise da vigente legislação de drogas no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento jurisprudencial.

Concernente ao referencial teórico, recorreu-se à legislação pátria acerca do tema, com a Lei 11.343/2006 e a Constituição Federal como norteador jurídico, além de utilizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, direcionando os votos proferidos até o presente momento pelos ministros da Corte. No que tange às importantes doutrinas, das quais foram fundamentais para a construção do embasamento teórico jurídico, cumpre citar algumas delas, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Olavo Hamilton, Salo de Carvalho, Dirley da Cunha Junior, Marcelo Novelino, dentre outros insignes autores elencados nas referências bibliográficas.

Sobremodo importante assinalar que no primeiro capítulo foi realizado uma breve contextualização acerca da implementação de medidas proibicionistas do consumo pessoal de drogas, que teve origem nos Estados Unidos e foi adotada posteriormente pelos outros países. Dessa forma, este capítulo vai evidenciar que o seu resultado foi aquém do esperado, tendo em vista que a venda e o consumo de drogas continuaram crescendo em ritmo acelerado pelo mundo.

No que condiz ao segundo capítulo, imperioso constar que se propôs a minuciar sobre o art. 28 da Lei 11.343, que trata do consumo pessoal de drogas, destacando o tratamento legal imposto pelo ordenamento jurídico aos usuários, além de expor a ineficácia legislativa em diferenciar o traficante do usuário, deixando a cargo subjetivo da decisão do magistrado, desse modo, não raras vezes, ocasiona em prisões indevidas.

Sob essa óptica, no caminho deste horizonte, o capítulo também vai se debruçar sobre o falido sistema carcerário, que se precariza ainda mais com essas prisões arbitrárias, além de trazer a lume a realidade da estigmatização dos usuários que se dá em razão do sistema jurídico atual.

No terceiro capítulo, o presente trabalho vai dar enfoque no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 635/659 SP, que continua pendente desde 2015, no qual julgou a inconstitucionalidade do art. 28, explicando cada voto proferido pelos ministros, no caso, pelo Relator Gilmar Mendes e pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, os quais foram uníssomos em adotar o caminho da descriminalização. Além do mais, não se pode olvidar que neste capítulo vai realizar um estudo comparado do sistema jurídico brasileiro com as decisões jurisprudenciais e ordenamento jurídico de outros países que adotaram a descriminalização.

Por fim, no quarto capítulo, será explorado a patente inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas, constatando às violações que a vigência deste dispositivo traz aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal do Brasil, como o direito à vida privada e o direito à isonomia.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO CONSUMO DE DROGAS NA SOCIEDADE

2.1 Evolução do proibicionismo no plano internacional

É de fundamental importância destacar que ao longo da história da humanidade, as drogas sempre fizeram parte de todas as classes econômicas e permeiam a vida em sociedade de diversos modos, quais sejam, para fins medicinais, religiosos, recreativos ou pela simples curiosidade, tal como ventila Bergeron em seu livro *Sociologia da Droga*, do qual explica que não existe manual algum, tanto de antropologia ou de sociologia histórica sobre o uso de substâncias psicoativas que não mencione que elas fazem parte da humanidade, sendo um fenômeno, portanto, remoto e universal.³

Na mesma sintonia fática, foi no começo do século XX, que se iniciaram as experimentais tentativas de estabelecer normas no âmbito do Direito Internacional, em se tratando da repressão e comércio de drogas entre as nações. Nesse sentido, preleciona o professor Hamilton:

Várias drogas foram gradualmente tornadas proscritas, ilícitas quanto ao consumo e comercialização, sobretudo por razões éticas. Esse movimento tornou-se mais acentuado a partir do início do século XX, inclusive com a criminalização das atividades relacionadas à demanda e oferta das substâncias psicotrópicas. Segundo o discurso oficial, aquele que se extrai da teoria do crime e da pena, construído com alicerce na legislação penal do Estado, a proibição das drogas encontra fundamento na necessidade de enfrentar e resolver o problema de saúde pública decorrente de sua utilização abusiva.⁴

Nesse diapasão, com o claro e evidente intuito de impedir o crescimento desenfreado das drogas, foram elaboradas algumas legislações para reprimir o tráfico e o uso de entorpecentes na sociedade. Diante disso, salutar expender que a primeira experiência ocorreu na conferência de Xangai, cuja principal causa foi o conflito ocasionado pela venda de ópio na China, que era proibido em seu território e tinha como principal fornecedor a Inglaterra, tal acontecimento ficou conhecido como a guerra do Ópio.

Inobstante, apesar de diversas outras tentativas para reprimir a demasiada circulação de drogas, foi no apenas no ano de 1971 que a política do proibicionismo se tornou extremamente marcante, levando em consideração que foi disseminada para outros países no mundo. Assim, neste período, o presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declarou a “War of Drugs” ou

³ BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**. Tradução Tiago Jose Risi Leme. São Paulo: Ideias & Letras, 2012.

⁴ HAMILTON, Olavo. **Drogas: Criminalização simbólica**. Rio Grande do Norte: Editora Jurídica, 2019. p. 13.

“Guerra às drogas”, tendo como finalidade primordial o combate armamentista e punitivista contra toda e qualquer ação relacionada às drogas.⁵

2.2 Fracassos da Proposta Proibicionista

À luz do exposto, mister se faz ressaltar que tal política proibicionista, ainda utilizada atualmente como modelo de combate às drogas, mantém como viés a proposta repressiva com o desígnio de, por meio de medidas coercitivas e criminalizadoras- primordialmente pela restrição à liberdade- buscar a plena abstinência, isto é, em apertada síntese, a ação reprimidora possuía como enfoque principal extinguir as drogas no plano internacional, entretanto, o resultado não foi como esperado e se restou infrutífero e ineficiente tendo em conta que esta política pautada na repressão resultou em agravamento no mercado do tráfico e aumentou o consumo de substâncias ilícitas.

Nesta alcunha, Hamilton pontua as consequências negativas aos países que adotam a política de criminalização das drogas:

Os muitos recursos financeiros dirigidos à estratégia de guerra que lhe é consequente, os milhões de encarceramentos em decorrência de sua implementação e as centenas de milhares de mortes ínsitas à atividade criminosa e ao seu combate configuram um custo social e humano excessivamente elevado, absolutamente desproporcional a qualquer que seja o símbolo subjacente à proibição, por mais relevante que se possa reputá-lo.⁶

Meditando na linha de raciocínio em tela, especificamente no Brasil, a realidade do fracasso da política repressiva é clara e incontestável, porquanto a criminalidade e a venda e consumo de drogas no país só aumentou, como será deslindado nos capítulos subsequentes, em que muitas vezes indivíduos são presos por portarem pequenas quantidades de drogas que seriam para consumo pessoal, todavia, são enquadrados como traficantes, o que ocasiona em uma sobrecarga ainda maior sobre o já falido sistema carcerário vigente na sociedade.

Além disso, imperioso exarar que a atual política proibicionista, a qual atua de forma repressiva, em vez de afastar os indivíduos do consumo de drogas, produz um efeito inverso, mantendo estes em um círculo vicioso, pois ao tipificar a conduta de portar drogas para uso pessoal como crime, acaba por estigmatizar o usuário perante a sociedade, contribuindo para que estes indivíduos se afastem ainda mais do tratamento, que é a solução mais eficiente para o caso em testilha.

⁵ RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e Redução de Danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶ HAMILTON, Olavo. **Drogas: Criminalização simbólica**. Rio Grande do Norte: Editora Jurídica, 2019. pág. 15

Diante de tal perspectiva, em que pese não seja prevista a pena restritiva de liberdade no art. 28 da Lei de Drogas, é fácil compreender que ainda sim vai haver prejuízos, tendo em consideração que o indivíduo usuário será rotulado como criminoso pela sociedade, afetando sua reputação, conseqüentemente, interferindo até na sua inserção no mercado de trabalho, caso tenha vontade de ingressar, haja vista a latente discriminação social em relação às pessoas que já praticaram algum crime, especialmente relacionado às drogas.

Constelando na esfera desse raciocínio, incumbiria ao Estado priorizar campanhas educativas em escolas e instituições de ensino superior, assim como em todos os meios midiáticos, no combate às drogas, conscientizando a população em geral dos riscos à saúde delas decorrentes, assim como aconteceu com o tabaco, o qual obteve um evidente êxito, além de disponibilizar tratamentos de saúde eficientes aos usuários.

Dessa maneira, recorrendo-se a condutas acolhedoras e não punitivas, seria possível, ao menos minimamente viável, produzir um cenário mais adequado e barato de promoção de saúde pública, tratando os usuários como pacientes e não como criminosos, auxiliando-os eficientemente a saírem, de forma definitiva, deste espiral de facilidade da oferta de drogas que os cercam, sem haver, nesse caso, a necessidade da atuação repressiva do Estado.

Nessa esteira, deduz-se que o caminho a ser seguido para encontrar a solução da *quaestio iuris* está na substituição da criminalização por uma política de redução de danos, que acaba por ser mais vantajosa e efetiva na proteção da saúde do usuário, como se observa em outros países, como Portugal e Argentina, os quais serão melhores elucidados nos capítulos posteriores.

Destarte, vale ressaltar que a bússola norteadora para se encontrar a solução para a adequada e prudente prevenção de drogas não está inserida na seara do Direito Penal, este deve ser utilizado apenas quando os demais ramos do direito não puderem tutelar satisfatoriamente o bem jurídico que se busca proteger (*ultima ratio*), mas sim deve ser pautado na eficiente reorganização das políticas de educação, saúde pública e no respeito aos direitos e garantias individuais, como será explorado a posteriori.

3.LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

3.1 Tratamento penal estabelecido aos usuários de drogas

Fulcral se faz expor a lume que a legislação vigente no Brasil concernente a política de combate às drogas ilícitas se dá com a Lei 11.343/2006, pelo qual prevê que apenas o traficante,

figurado no art. 33, estará sujeito a pena de restrição de liberdade, enquanto que o usuário, previsto no art. 28 do mesmo dispositivo, estará sujeito às penas alternativas, a exemplo de prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Neste jaez, em que pese a novel legislação tenha substituído a pena restritiva de liberdade vigente outrora pela Lei 6368/76 para pena restritiva de direitos em relação aos consumidores, ainda sim tal dispositivo deslustra o ordenamento jurídico pátrio, pois mantém como criminalização uma conduta que deveria ser garantida pela Constituição Federal, haja vista que em seu preâmbulo, reconhece manifestadamente o pluralismo da sociedade brasileira, além de promover, por meio de seus princípios e direitos fundamentais, um regime de maior tolerância e respeito pela autodeterminação de cada indivíduo na sociedade, especialmente em relação às suas opções de vida que não violem o direito de terceiros, bem como, a harmonia e os valores do país.

Exsurge, doravante, registrar que a referida Lei de drogas embora tenha logrado êxito em distinguir as penas da figura do traficante para o usuário- indivíduo que transporta consigo entorpecentes para consumo pessoal- falhou ao não diferenciar no contexto fático e de forma objetiva na configuração do crime, não estabelecendo uma quantidade mínima de drogas para tal enquadramento.

3.2 Critérios utilizados para distinguir o tráfico do porte de drogas para consumo pessoal

No mesmo pórtico, imperioso destacar que em virtude da legislação não trazer uma diferenciação específica e clara entre traficante e usuário como supramencionado, acarreta na necessidade de analisar os elementos subjetivos especiais distintos do dolo para tal configuração, a exemplo do local e às condições em que se desenvolveu a ação, assim como às circunstâncias sociais e pessoais do agente. Assim, o artigo 28, caput, seus incisos e parágrafos expostos na Lei 11.343/06 dizem:

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.⁷

Ressai das informações explanadas que o julgamento para diferenciar o usuário do traficante vai ficar a cargo do magistrado, o qual vai analisar cada caso concreto. Em consequência, tal situação abre uma lacuna na qual permite que muitos indivíduos com pequenas quantidades de entorpecentes sejam enquadrados como traficantes e, por consectário lógico, conduzidos à prisão. Sob essa óptica, cabe trazer à discussão os dados estatísticos de Katie Arguello e Vitor Dieter:

Segundo dados estatísticos do DEPEN, de dezembro de 2011, temos uma população carcerária de 514.582 pessoas, sendo que a prática dos crimes patrimoniais (240.642) e do tráfico de entorpecentes (125.744) responde pela maior parte da população encarcerada (366.386). O perfil do traficante é, segundo tais estatísticas, o do jovem, afrodescendente e pobre, embora nos últimos anos tenha aumentado significativamente o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas, acrescentando mais um problema social às famílias pobres, cujos filhos ficam órfãos de mãe precocemente⁸.

Na mesma toada, crucial frisar que o depoimento da autoridade policial tem relevante peso no momento do julgamento pelo juiz, tendo em vista que vai depender dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem, pois muitas vezes são as únicas testemunhas no ocorrido.

Dessa maneira, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto atinente ao Recurso Extraordinário n° 635/659 SP, menciona que segundo uma pesquisa realizada pela Revista Jurídica, sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e Brasília, constatou que das 730 sentenças condenatórias examinadas pelo crime de tráfico de drogas no período de outubro de 2006 a maio de 2008, 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), na maior parte das vezes sozinhos (60%) e com pequena quantidade de droga (inferior a 100g), afora que apenas 1,8% houve menção ao envolvimento do inculpado com organizações criminosas.

Neste imperativo, o Ministro constata que em razão da ausência de critérios objetivos para diferenciação do traficante e do usuário, há um certo padrão nos flagrantes por tráfico de drogas, que em sua maioria são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em abril. 2021.

⁸ ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. **POLÍTICA CRIMINAL DAS DROGAS: O PROIBICIONISMO E SEU BEM JURÍDICO.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>. Acesso em: 21 de abr. de 2021.

patrulhamento de rotina e a prova, se limita, em regra, ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão, o que resulta em graves prejuízos ao acusado.

Em consequência disso, as circunstâncias que prevalecem no momento da autuação são a região pelo qual o acusado foi detido, além do julgamento pelo estereótipo, qual seja, jovem, negro, pobre, que vivem em lugares à margem da sociedade. Dessa forma, são penalizados e enquadrados como traficantes, apenas por suas características físicas e o lugar onde mora, além de que a maioria destes são réus primários, o que agrava a situação quando cumprem pena nos presídios, haja vista que conhecendo a realidade dos presídios precários e deficientes, a tendência é que se aperfeiçoem na criminalidade, passando a praticar outros crimes *a posteriori*.

3.3 Precarização do sistema carcerário em virtude das condenações por tráfico de drogas

Similitude com a ilação acima deslindada, cabe evidenciar que os escassos critérios objetivos para o adequado enquadramento da conduta de traficância promovem indelevelmente o aumento da massa carcerária, aprofundando, de forma demasiada, a crise do já fracassado sistema carcerário.

Na mesma trilha de pensamento, conforme aponta o relatório Um tiro no Pé: Impactos da Proibição das drogas no Orçamento do sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro e São Paulo⁹, apenas no ano de 2017, esses Estados gastaram cerca de R\$ 5,2 bilhões para manter a proibição das drogas, valor que pode ser ainda mais alto, tendo em vista que não entraram no cálculo as despesas de instituições municipais neste combate e, assim como em outros Estados e países, o resultado se mostrou ineficiente.

Frente ao destacado, é possível perceber que estes exponenciais gastos públicos poderiam ser amplamente revertidos na educação e saúde, como constata a referida pesquisa, que menciona que o valor gasto de R\$ 1 bilhão pelo Rio de Janeiro poderia alternativamente custear 252 mil alunos em escolas do ensino médio, assim como comprar 27 mil ambulâncias com UTI móvel.

À guisa dessas considerações, faz-se substancial trazer à discussão a atual política de repressão policial de drogas no Brasil, haja vista que contribui para o encarceramento destes indivíduos dos quais são flagrados com pequenas quantidades de entorpecentes e que, não raras vezes, não foi sequer comprovada sua relação com a traficância.

⁹ <https://cesecseguranca.com.br/textodownload/um-tiro-no-pe-impactos-da-proibicao-das-drogas-no-orcamento-do-sistema-de-justica-criminal-do-rio-de-janeiro-e-sao-paulo/>

Diante disso, conforme demonstrado na dissertação de mestrado do pesquisador Gilberto Nogueira¹⁰, o mercado de drogas funciona de forma verticalizada, ou seja, o produtor repassa as drogas ao traficante atacadista, e este repassa ao traficante varejista, o qual lida diretamente com o cliente/consumidor. Desse modo, segundo sua pesquisa, a área de maior atuação policial está justamente no setor varejista, em vez do atacado- onde estão localizados os principais responsáveis pela distribuição de drogas no país- consequentemente, há um aumento da violência e das prisões, como mencionado no presente trabalho.

Por conseguinte, a referenciada pesquisa ilustra bem a política ineficiente do Brasil, visto que os varejistas- não raras vezes são usuários- compõe o último elo da cadeia, sendo em sua maioria presos pela polícia, ocasionando na degradação do sistema carcerário do qual já se encontra em estado de calamidade, enquanto que os financiadores- traficantes que controlam a cadeia mais produtiva e lucrativa- ficam praticamente impunes, isto é, dentro de uma pirâmide organizacional, dessa maneira, a preocupação estatal enfoca-se equivocadamente nos indivíduos que estão na base, composto pela maioria que contudo, podem ser facilmente substituídos por outros, em detrimento da minoria que está no topo do comando. Logo, diante deste cenário, perpetua-se o círculo vicioso de violência e prisões muitas vezes arbitrárias de meros consumidores pelos quais acabam sendo enquadrados como traficantes varejistas.

3.4 Estigmatização do usuário de drogas perante a sociedade

À luz desse prisma, sobremodo importante assinalar que segundo Goffman¹¹, o indivíduo estigmatizado é aquele cuja identidade social real inclui um qualquer atributo que frustra as expectativas de normalidade, isto é, está inabilitado para aceitação social plena, o que provoca, indelevelmente, em sérios prejuízos sociais ao estigmatizado, como a marginalização. Nesse contexto, o sociólogo classifica a toxicodependência como um tipo de estigma relacionado ao desvio de caráter, no mesmo patamar dos distúrbios mentais e a reclusão penal, acarretando em sérios prejuízos sociais ao estigmatizado, como a marginalização.

Imerso nessa logística, salutar entender que o tratamento repressivo atual ao usuário de drogas acarreta em profunda e descabida estigmatização, além de discriminar os indivíduos

¹⁰ NOGUEIRA JUNIOR, G.J. **Mercado de Drogas e Repressão: Efeitos da Intervenção Governamental sobre violência gerada pelo Mercado de Drogas numa Rede Verticalmente Relacionada**. Dissertação (Mestrado) em Economia. Universidade Federal de Pernambuco, 2019.

¹¹ GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação de identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Leite Nunes. Rio de Janeiro: Koogan Editores, 1988.

mais vulneráveis na perspectiva social. Consoante a balizada doutrina do professor Salo de Carvalho:

No campo das drogas, as consequências perversas geradas pela desigual incidência das agências penais são percebidas nas esferas econômicas, educacionais, médicas, jurídicas e, sobretudo, individuais (custos da criminalização). Da promessa de contramotivação, o modelo repressivo às drogas estabeleceu regime de criminalização secundária; ao reprimir o consumo, estigmatizou o usuário; no intuito de eliminar o tráfico ilícito direcionou seu poder letal contra segmentos sociais e indivíduos vulneráveis.¹²

Indo de encontro com esse sublime raciocínio, insta mencionar a tese de Doutorado de Beatriz Vargas, que ratifica tal entendimento, ao considerar que “o sistema punitivo alcança exatamente a população excluída- no sentido socioeconômico- que forma a imensa maioria dos encarcerados e dos mortos nesta guerra.”¹³

É nessa linha de raciocínio que desenvolve o pensamento exposto por Beccker¹⁴, o qual preleciona que ao se infringir uma norma estabelecida na sociedade cometerá um desvio, contrariando ao interesse da maioria. Nesse sentido, os indivíduos que praticam ações que venham a macular as regras e condutas dentro do convívio social são considerados desviantes ou *outsiders*. Em consequência fática, estes ao assumirem a responsabilidade por tais atitudes que afrontem o padrão de conduta de comportamento da sociedade, vão sofrer julgamento de reprovação, não sendo aceitos por parte do grupo social pelo qual está inserido, como acontece com os usuários de drogas.

Posto isso, este grupo de *outsiders* sofrem inevitavelmente com os efeitos prejudiciais do processo de estigmatização, a exemplo do sentimento de inferioridade em relação aos demais, em virtude da perda de autoestima e pela restrição das interações sociais, o que dificulta sobremaneira o tratamento destes para que se livrem do vício. Nesta esteira, acaba se tornando um círculo vicioso em que o estigma emana o preconceito e a discriminação e estes, por seu turno, reforçam a ocorrência do estigma.

Dessa maneira, com a manutenção da criminalização do uso de drogas, a estigmatização vai se manter como uma força motriz para evitar que os usuários busquem ajuda para o tratamento de suas condições, agravando demasiadamente os problemas de saúde, além de

¹² CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág. 417.

¹³ REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2011. pág. 3.

¹⁴ BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

afetar a autoestima destes que não se enxergam capazes de se recuperarem e reconstruírem dignamente suas vidas.

4. VOTOS DOS MINISTROS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

4.1 Contextualização do caso concreto

É de imprescindível notoriedade trazer à luz o Recurso Extraordinário 635.659/SP que discutiu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, no entanto, atualmente, mesmo diante do demasiado lapso temporal transcorrido, se encontra pendente de julgamento pela Corte Constitucional Brasileira, tendo sido proferido três votos, pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e pelo relator Gilmar Mendes, todos proferidos no caminho da descriminalização.

Nesta oportunidade, o caso concreto ocorreu na cidade de Diadema, São Paulo, onde o detento Francisco Benedito de Souza foi flagrado nas dependências do Centro de Detenção Provisória da referida cidade com 03 (três) gramas de maconha em sua marmita. Em razão disso, foi condenado pela prática do crime de posse de drogas para consumo pessoal, consoante a dicção do art. 28 da Lei de Drogas.

Ato contínuo, foi diante dessa situação que o recorrente interpôs o Recurso Extraordinário ao STF, sustentando que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal deslustra o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em contrapartida, o Ministério Público, na figura de recorrido, fundamentou que o bem tutelado pelo dispositivo em questão é a saúde pública, haja vista que a conduta daquele que traz consigo droga para consumo pessoal contribui, por si mesmo, para a proliferação do vício no meio social.

Dessarte, insta registrar que o julgamento deste Recurso Extraordinário teve início em agosto de 2015, e como frisado anteriormente, votou o ministro relator Gilmar Mendes e, ulteriormente, no mês de setembro do mesmo ano, votaram os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso- repise-se que os três votos proferidos decidiram pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11343/2006. Assim, o processo foi suspenso em razão do pedido de vista feito a época pelo ministro Teori Zavascki, no entanto, este acabou falecendo, sendo substituído pelo

então ministro Alexandre de Moraes, logo, o recurso encontra-se pendente de julgamento até o hodierno momento.

4.2 Voto do ministro relator Gilmar Mendes

Prefacialmente, cabe balizar que o voto do min. Gilmar Mendes foi no sentido de que tratar como crime a posse de drogas para consumo próprio fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas mais diversas manifestações. Sob essa óptica, acrescenta que a criminalização conduz à ofensa da privacidade e à intimidade do usuário, desrespeitando, por conseguinte, a decisão do indivíduo de colocar em risco a própria saúde, ou seja, tal conduta causa efeitos deletérios apenas para a própria pessoa, e não para os outros. Frente ao exposto, constrói sua ilação, in verbis:

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.¹⁵

De igual forma, o ministro entende que o Princípio da Proporcionalidade também sofre transgressão frente ao ato normativo, assim, expõe do seguinte modo em seu voto:

[...] Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

Em sede argumentativa acerca deste princípio, não é demais discorrer que o ministro reforça que a destinação de drogas para consumo pessoal é conduta que coloca em risco apenas a pessoa do usuário, não podendo associar a ele o dano coletivo possivelmente causado à segurança e saúde pública.

Portanto, vislumbra-se que não se pode configurar crime por não lesar bem jurídico de terceiro ou interesses subjetivos de pessoas diversas do próprio autor da conduta, em razão de apenas colocar em risco a própria vida, em obediência ao princípio da intimidade e vida privada, não se fazendo necessária a intervenção do Direito Penal. Isto porque é inconcebível o direito de punir a autolesão, seria como penalizar a tentativa de suicídio de um indivíduo.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 02 de setembro de 2021 Voto Min. Gilmar Mendes.

Além do mais, o relator frisou em seu voto que a descriminalização do uso não significa a legalização em massa dos entorpecentes no país, como extrai-se do imaginário comum, porquanto continua a ser repreendida por medidas legislativas sem natureza penal, fixando que podem eventualmente haver outras medidas cabíveis e apropriadas para lidar com o problema supracitado, exemplificando ainda países que adotaram em seus ordenamentos jurídicos legislações que não criminalizam o uso, a exemplo da Holanda e Portugal, mencionando também casos em que a decisão foi tomada pela Suprema Corte, como na Colômbia, em 1994, e na Argentina, em 2009.

Outro ponto de essencial importância a ser analisado está no tocante a opção legislativa ao retirar do ordenamento jurídico pátrio, por meio da vigência da Lei 11.343/06, a previsão de pena de privação de liberdade para os indivíduos que destinassem a droga para consumo próprio. Nesta trilha de entendimento, o relator consigna que embora o legislador tenha abrandado as consequências penais da posse de drogas para uso pessoal, a manutenção da conduta como infração de natureza penal ainda tem resultado agravante na estigmatização, ainda mais quando a média de apreensões deste crime são de jovens negros, com pouca escolaridade e baixa renda.

Diante dessa inafastável ilação, o ministro complementa:

[...] a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas, em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e prevenção de riscos.

Em síntese conclusiva, o min. Gilmar Mendes deu provimento ao recurso apresentado pela Defensoria Pública e absolveu o denunciado por atipicidade da conduta. Nesse diapasão, entendeu que este caso deve servir de parâmetro para os demais processos que versem sobre a matéria e que diferente dos outros dois ministros que sustentaram apenas a maconha como fase experimental para a descriminalização no país, o relator foi enfático ao defender que deve haver sobre todas as drogas, desde que seja dado um tratamento digno e eficiente aos usuários, especialmente aos que se encontrem no estado de dependência química, sem que para isso, o Estado se utilize de medidas penais.

4.3 Voto do ministro Luiz Edson Fachin

No que se refere ao voto do Ministro Edson Fachin, este foi enérgico ao defender a não criminalização do uso da maconha- *cannabis sativa*- como fase experimental, não englobando as demais drogas e aduziu que era de suma relevância o legislativo estabelecer critérios

objetivos para distinção entre usuário e traficante, adotando quantidades mínimas do porte de substâncias, que venham a servir como parâmetro para a diferença entre ambos. Ademais, mencionou a crucial necessidade de legislação específica que viabilize políticas públicas sobre drogas. Referente aos critérios objetivos, o Ministro expõe:

[...] Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga.¹⁶

Entrementes, o ministro faz um contraponto ao frisar os malefícios físicos e psíquicos que o uso de drogas pode causar no indivíduo, bem como a sua relação com o cometimento de delitos que têm como fim a manutenção do vício, contudo, a criminalização colide em questões como a liberdade, autonomia privada e os limites de interferência do Estado sobre o indivíduo. Na mesma harmonia, é oportuna a contribuição levantada pelo ministro ao citar o pensamento do autor Carlos Santiago Nino para fundamentar seu voto:

[...] criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue (correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz) e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar. Essas críticas não fazem despenhar-se a vereda da criminalização. E essa foi a opção do legislador brasileiro no artigo em discussão. Tomou o caminho da primazia do Estado sobre o cidadão.

Ademais, em seu voto, é registrado também que o min. Edson Fachin entende que as sanções penais previstas no artigo 28 da Lei de Drogas não atingem satisfatoriamente o fim da proteção ao bem jurídico, tendo em conta que o dependente químico deve ser visto como vítima, necessitando de tratamento para a superação do vício, e não criminoso. Desse modo, o consumo de drogas deve ser encarado como questão de saúde pública e não criminal.

Em seguida, o ministro assevera que existem argumentos favoráveis à descriminalização que são usados pelo Estado, lastreando-se pela doutrina de Carlos Santiago Nino, sendo o principal deles o argumento perfeccionista, no qual estabelece a punição do uso de drogas por ser um comportamento moralmente reprovável, devendo ser reprimido pelo Poder Público. Neste aspecto, vale transcrever as prudentes ponderações do ministro em seu voto: “Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo,

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em: 02 de setembro de 2021. Voto Min. Edson Fachin.

assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado”.

Imerso sob esse viés, o argumento é facilmente confrontado pelo fato de que não é responsabilidade do Estado impor condutas morais individuais a serem cumpridas, tendo em vista que estas devem ser produto de escolha de cada pessoa, dentro de sua liberdade e autonomia privada.

Nesta senda, para a edificação de uma lógica razoável, depreende-se que se a proteção é o fim desejado pelo Estado, este deve fazê-lo não por meio do Direito Penal, mas mediante a criação de políticas públicas de tratamento do dependente químico, distribuição de informações, afóra campanhas educativas e de prevenção.

Não obstante, acontece que alguma das consequências acima esposadas, como roubo ou furto, já são, per si, objetos de repressão estatal. Assim sendo, não se pode utilizar deste argumento para proibir o consumo de drogas, pois como bem delineado acima, este, sozinho, não é capaz de causar danos à sociedade. Referente ao assunto, o ministro finda o raciocínio com a preleção do mesmo autor:

Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal. Dessa forma, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros seria insustentável, pois toda e qualquer ação, seja ela privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável.

Repise-se então que o ministro exara em seu voto que não se pode permitir a repressão do Estado, porquanto indubitavelmente esta configuraria uma clara e manifesta invasão na seara da autodeterminação individual, privacidade, intimidade e liberdade, esfera esta que deve ser imune à interferência estatal.

Exauridos os argumentos retromencionados, conclui que o min. Fachin votou pelo provimento parcial do Recurso Extraordinário declarando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, sem redução do texto, se atendo especificamente para a posse de maconha, mantendo, nos termos da novel legislação, a proibição e consumo das demais drogas ilícitas, como também da produção e comercialização de quaisquer drogas.

4.4 Voto do ministro Luís Roberto Barroso

Concernente ao voto do referido ministro, insta explorar, a *priori*, que este classifica a *quaestio iuris* como um “hard case”, haja vista que de sua percuciente análise, depreende-se que não há uma solução juridicamente simples para enfrentar o problema em tela. Dito isso, adentrando no mérito da celeuma jurídica, o ministro enfatiza que apenas vai ter como

parâmetro para a descriminalização para consumo pessoal a droga ilícita maconha, porquanto foi esta apreendida em posse do réu no caso concreto, assim sendo, também consignou como fase experimental, entendendo que a depender do seu êxito com sua vigência na sociedade, poderia o Estado, paulatinamente, implementar outras drogas proscritas.

Sob esse pálio, o ministro sustenta que o dever do Estado e sociedade devem se pautar em três vigas mestras para lograr êxito no combate efetivo das drogas, quais sejam, o de desincentivar o consumo; tratar os dependentes e combater o tráfico, diante dessa perspectiva, reitera que a descriminalização não deve ser interpretada como uma eventual autorização ou incentivo ao consumo de drogas, tendo como fulcral desígnio encontrar medidas eficazes e constitucionalmente adequadas para se alcançar os objetivos supramencionados.

Afora as considerações explanadas, imperioso registrar que em seu voto, o ministro Barroso também segue no horizonte de raciocínio do ministro Fachin ao fundamentar que deve haver um critério objetivo para distinguir o usuário do traficante, conforme aduz em seu voto:

Minha preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições. Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante. Presunção que pode ser afastada pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto. Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado.¹⁷

Outrossim, elucidou do mesmo modo que a criminalização viola os direitos do usuário sob a égide da Constituição, a exemplo do direito de privacidade, que pressupõe um espaço que deve ser imune a interferências externas, inclusive do Estado, ficando somente no campo de decisão e discricionariedade do próprio indivíduo, desde que direitos de terceiros não sejam afetados.

Constelando na trilha dessa narrativa, expõe também que a decisão do indivíduo que não transcende essa esfera individual não merece ser frustrada pela lei, bem como frisou a impossibilidade de confundir-se moral com direito, isto é, algo que é considerado ruim não necessariamente será ilícito, a exemplo do consumo excessivo de cigarros e bebidas alcóolicas. Neste caminhar, o insigne min. Luís Barroso, com peculiar maestria, sintetiza que:

Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 02 de setembro de 2021. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área.

Em complementação as argumentações balizadas, frisa-se que a vigência da criminalização das drogas macula à autonomia individual, tendo em conta que na visão do ministro a liberdade é um valor indispensável nas sociedades democráticas, entretanto, não se deve ter natureza absoluta, podendo ser restringido pela legislação.

Desse modo, é por meio deste princípio que é assegurado ao indivíduo sua autodeterminação e liberdade de escolha, razões pelas quais não deve ser suprimida pela atuação repressiva do Estado, pois como observado, não viola direitos alheios, tal qual não deslustra qualquer valor social, fazendo parte, exclusivamente, da autonomia individual do cidadão.

No que se refere ao princípio da lesividade, é sustentado que no caso vertente, a conduta tipificada pelo art. 28 da Lei de Drogas não excede a esfera individual, logo, por consectário lógico, o Estado não deve valer-se da repressão penal para regula-la. Isto porque a saúde individual do usuário é o principal bem jurídico lesado em virtude do consumo destes entorpecentes, por essa razão, não há o que se registrar em lesão a bem jurídico de terceiro, como tecido considerações a esse respeito ao longo do presente trabalho.

Cumprе observar, por derradeiro, que assim como os votos dos outros ministros citados, Barroso vai de encontro ao raciocínio expendido por estes ao trazer exemplos dos países que adotaram a descriminalização do uso de drogas, nos quais se utilizaram de tratamentos alternativos destoantes do campo penal para recuperar estes pacientes dos vícios, contribuindo para suas reinserções sociais, em uma política de redução de danos, como é observado em Portugal, Colômbia e Argentina.

Em que pese tenha acontecido uma flexibilização das consequências penais para os usuários de drogas, como bem delineado no presente estudo, o ministro enfatiza que enquanto o porte destas para consumo pessoal se manter como infração penal, a ocorrência da estigmatização do indivíduo vai se perpetuar, dificultando sobremaneira sua recuperação para que possa ser reinserido na sociedade.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS COM A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

5.1 Decisões das Supremas Cortes da Argentina, Colômbia e Portugal no sentido da descriminalização de drogas para consumo pessoal

Convém explicar que a Corte Suprema de Justiça da Argentina declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade no dispositivo legal que reprime a posse de drogas para consumo pessoal, com o fundamento de que dispositivo vulnera os direitos constitucionais à privacidade e à liberdade pessoal ao incriminar a posse de entorpecentes para uso pessoal em condições que não impliquem perigo ou dano específico aos direitos ou à propriedade de terceiros.¹⁸

Outrossim, imperioso destacar que a decisão se deu em virtude de uma apurada investigação policial sobre tráfico de drogas, na qual foram presas oito pessoas que portavam pequena quantidade do entorpecente maconha, supostamente para uso pessoal. Nesse sentido, acrescenta-se que a defesa dos acusados sustentou que a criminalização do porte de droga para consumo pessoal é incompatível com o princípio da reserva contida no artigo 19¹⁹ da Constituição Argentina. Registre-se que ficou conhecido como o Caso de Sebastián Arryola y otros. Recurso de Hecho.

Na mesma toada, a defesa alegou também que é ilegítima qualquer intervenção estatal punitiva quando uma ação não ofende a ordem e a moral pública, tampouco lesiona total ou parcialmente o bem jurídico de terceiro, seja ele individual ou coletivo. Firme na perspectiva dessa óptica, foi salientado que tal decisão judicial de forma alguma implicaria na legalização das drogas, pelo contrário, teve como objetivo demonstrar para toda a população a celeuma que as drogas proporcionam, evidenciando seus principais riscos e danos que podem acontecer aos usuários.

Nesta oportunidade, registrou-se o compromisso efetivo que as instituições estatais deveriam ter no combate ao tráfico no país, bem como, a Corte incentivou as autoridades públicas a garantir políticas eficientes contra a venda desenfreada de drogas, devendo priorizar medidas preventivas de saúde.

De igual forma, outro modelo a ser seguido é o da Colômbia, tendo em vista que a Corte Suprema de Justiça decidiu que o porte de drogas em quantidade superior à dose mínima fixada em lei²⁰, exclusivamente para uso pessoal, é conduta atípica, logo, não configura crime,

¹⁸ [BJI6Porte de drogas para consumo pessoal.pdf \(stf.jus.br\)](#)

¹⁹ Artículo 19- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe.

²⁰ Artículo 2o. Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones: (...) j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para

porquanto a dependência química deve ser entendida como problema de saúde pública, assim sendo, os usuários devem estar sujeitos a medidas estatais de tratamento profilático ou terapêutico, restando, por conseguinte, afastar o processamento penal. Dessa maneira, foi firmado o entendimento pelo Tribunal que um critério razoável para estabelecer a dose tolerável para consumo pessoal é o da necessidade de casa usuário, como forme de garantir sua saúde.

No caso em tela do sistema colombiano, depreende-se que o entendimento prevalecente foi no sentido de que apenas os comportamentos que interferem na esfera da liberdade e nos interesses de outrem podem ser punidos legalmente. Por esta razão, o consumo pessoal de drogas não deve ser considerado uma conduta criminosa, haja vista estar limitada à órbita individual do sujeito que está consumindo e, em virtude disso, está afastado do controle normativo estatal, respeitando então a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual.

Outro país referência no tema é, sem dúvidas, Portugal, em que até o ano de 2001, o indivíduo flagrado em consumo ou posse de drogas poderia levar a pena de até três meses na prisão ou a uma multa, segundo o Centro Europeu de Monitoramento para Drogas e Dependência de Droga (EMCDDA). Entretanto, a Lei 30/2000 definiu um novo procedimento legal aplicável ao consumo pessoal de drogas com o desígnio de proteger a saúde da população, especialmente as pessoas que consomem tais substâncias proscritas.

À vista disso, tal legislação descriminalizou o consumo, a detenção e a aquisição para consumo próprio de entorpecente, estabelecendo, em seu artigo 2º, a seguinte máxima: “a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”. Por derradeiro, o país começou a tratar os usuários como pacientes e não como criminosos, o que contribuiu notadamente para a redução de prisões temerárias pelo consumo.

Nesta política de redução de danos, foi adotado uma quantidade mínima para tornar o critério mais objetivo de diferenciação entre o traficante e usuário, a exemplo da maconha, que foi utilizado o parâmetro de 25 gramas. Em virtude disso, os resultados são bastante satisfatórios, levando em conta que os estudos nacionais sugerem que o uso de drogas na população portuguesa pode estar em declínio desde 2007, segundo o relatório do EMCDDA²¹. Posto isso, se em 2007, a prevalência de adultos que já tinham usado droga alguma vez na vida

uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad".

²¹ [Relatório Europeu sobre Drogas. Tendências e evoluções. 2018 \(europa.eu\)](https://europa.eu/rapport-drogas)

era de 12%, em 2012, já tinha caído para 9,5% e entre jovens adultos, a prevalência caiu de 17,4% para 14,5% no mesmo período, corroborando a eficácia da medida descriminalizadora.

5.2 Princípio da Igualdade ou Isonomia

Sob esse vértice, indispensável explanar os direitos fundamentais violados²² com a criminalização do consumo de drogas, a exemplo do Princípio constitucional da Igualdade, no qual está intrinsecamente ligado ao direito de não descriminalização, ou seja, por meio deste que o cidadão vai poder gozar de tratamento isonômico pela lei, sendo vedadas as diferenciações arbitrárias e desmedidas, não compatíveis com os valores da Carta Magna, e tem como fito limitar a atuação estatal, garantindo um tratamento justo e equitativo a todos os indivíduos na sociedade.

Dessarte, atinente a esse princípio, cabe enfatizar a inafastável ilação de Mello:

O postulado da igualdade figura como o primeiro e mais importante limite à discricionariedade legislativa. A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equivalentemente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo nodo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.²³

Nesta conjuntura, tratar como criminoso a pessoa que consome droga com capacidade de causar dependência física, psíquica ou emocional e não tratar como criminoso o mesmo indivíduo que consome outro tipo de droga com a mesma capacidade, viola integralmente o princípio em apreço, conforme acentua Carvalho: “A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias.”²⁴

Ainda sob o prisma desta ilação, vale ressaltar que segundo a perspectiva da igualdade, nenhuma lei deve tratar indivíduos de modo penalmente diferenciado simplesmente em razão do exercício autêntico de liberdade, uma vez que toda pessoa tem o direito de se fazer valer sua autodeterminação, com isso, de exercer domínio do seu próprio corpo, logo, não devem ter impeditivos legais que proíbam os cidadãos de usarem drogas, desde que não viole direitos

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abril. 2021

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pág. 10.

²⁴ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pág. 373.

alheios. Nesse aspecto, faz-se importante descrever as criteriosas ponderações do insigne autor Nelson Nery Jr. acerca da aplicação de tal princípio no ordenamento jurídico, *in verbis*:

O Artigo 5º, *caput*, e o inciso n. I da CF de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do artigo 125, n. I, do CPC, teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.²⁵

5.3 Princípio da Intimidade e Vida Privada.

Inicialmente, substancial abalizar que o art. 5, inciso X, da CF/88, garante a todas as pessoas residentes no Brasil, seja brasileiro ou estrangeiro, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sendo princípios ligados ao direito à privacidade. Na esteira da linha desse raciocínio, Cunha Júnior esclarece sobre este princípio:

A intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho. (...). É, em suma, o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções.²⁶

No mesmo sentido se direciona a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XII:

XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques²⁷

Em consequência do exposto, o que os indivíduos fazem contra os padrões morais de uma sociedade não deve ser sancionado pelo Direito Penal, salvo se ofender direito de terceiros, em palavras outras, possuir ou portar certo tipo de droga para consumo pessoal é exclusivamente ligado à intimidade do usuário e diz respeito apenas à sua vida privada, com a única ressalva que este não viole direito de outrem com sua conduta, assim sendo, o mencionado indivíduo tem a plena autonomia e consciência de fazer uso de qualquer que seja a substância, mesmo sabendo do julgamento moral imposto pela sociedade e os danos que podem causar a sua saúde.

²⁵ NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. pág. 685.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 set. 2021.

Neste compasso, tais princípios tidos como bússolas norteadores do Direito Constitucional, devem ser respeitados em sua integralidade, tendo em vista que a ação estatal não pode invadir o espaço privado de cada indivíduo, devendo apenas atuar quando a ação deslustrar a dignidade do outro, conforme exposto acima. Diante disso, não cabe ao Direito Penal, classificada na doutrina como a *ultima ratio*, impor condutas e padrões morais, tampouco controlar as preferências individuais, o que representa um claro e manifesto atentado não só ao princípio em tela, mas ao pluralismo social em sua totalidade.

5.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No que cerce à dignidade da pessoa humana, insta salientar que consoante ao pensamento do constitucionalista Marcelo Novelino, a doutrina inerente a toda pessoa humana deve ser considerada de forma a preponderar na interação homem-Estado, como preleciona a seguir:

(...) na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. O indivíduo deve servir de “limite e fundamento do domínio político da República”, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.²⁸

Coerente com esse entendimento, Alexandre de Moraes abaliza:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das funções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estado jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²⁹

Sob esse pálio, compreende-se que a dignidade humana é qualidade *sine qua non* a todo indivíduo e, devido a isso, o Estado tem a obrigação de servir ao homem, já que é um meio e não fim de possibilitar a vida em sociedade, logo, a criminalização do usuário de drogas se faz ilegítima, além de que tal política de natureza punitivista, neste sentido, afronta diametralmente o princípio da dignidade da pessoa humana e o que dele se deriva, tendo em vista ser corolário de todos os outros princípios, a exemplo da igualdade, intimidade e privacidade, dentre outros.

5.5 Princípio da Proporcionalidade

²⁸ CANOTILHO *Apud* NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. pág. 380.

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Em primeiro plano, malgrado o Princípio da Proporcionalidade não esteja expresso na Constituição Federal, isto é, está manifestado de forma implícita, faz-importante destacar que sua aplicação na sociedade é vital para o funcionamento eficiente e equilibrado do ordenamento jurídico, vez que se constitui como uma salvaguarda dos direitos fundamentais contra ações abusivas do poder público que violam as liberdades individuais. Deste modo, por meio deste princípio que é possível perceber se o Estado está agindo em excesso nas condutas dos cidadãos.

A respeito do tema, vale lembrar a ilação do mestre Paulo Bonavides:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.³⁰

Nesta conjuntura, imperioso constatar que a violação ao mencionado princípio acontece no momento que o artigo 28 da Lei de Drogas estabelece critérios poucos esclarecedores no sentido de determinar a adequada distinção das ações de consumo e tráfico de drogas. Nesse contexto, o qual envolve a liberdade, direito fundamental agasalhado no texto constitucional, não pode a subjetividade ser critério para tal distinção, dado que como já debruçado ao longo do presente trabalho, é claramente ineficaz porquanto torna-se um mecanismo punitivo o qual adota avaliações discriminatórias e seletivas a depender do indivíduo que for apreendido com drogas, pois com se sabe, a parcela menos favorecida da sociedade acaba sempre mais prejudicada.

Frente as informações acima esposadas, não há dúvidas que a legislação não só é falha na sua aplicação prática, como macula expressamente a proporcionalidade, uma vez que desvirtua por completo sua essência jurídica, que tem como objetivo impedir que as ações estatais sejam arbitrárias e abusivas contra a população, mantendo assim, a ponderação e harmonia na criação e aplicação das leis, entretanto, com a vigência do citado artigo na Lei de Drogas, faz com que a vontade despótica do Estado prevaleça na sociedade, oprimindo principalmente os cidadãos mais desfavorecidos no contexto social e econômico, ao conceder à autoridade policial o poder de decisão de quem será julgado como traficante, tendo em vista que a apreensão realizada por eles vai ser determinante para o magistrado proferir a sentença, neste jaez, por todos os motivos exarados alhures, urge asseverar que o artigo 28 da referenciada Lei deve ser declarada inconstitucional.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

6. CONCLUSÃO

Preambularmente, o presente trabalho se propôs a trazer reflexões acerca da efetividade das propostas proibicionistas relacionadas ao consumo de drogas, o qual existe desde os períodos mais arcaicos da humanidade e como observado nas últimas décadas, tais medidas estatais fracassaram, uma vez que nos países que adotaram esta política proibicionista o número de usuários não diminuiu, pelo contrário, ocasionou no aumento exponencial da população carcerária e, conseqüentemente, no aumento da violência, o que de forma inevitável emanou ainda mais gastos públicos para conter este flagelo social ocasionado pelo próprio Estado.

Em continuidade ao estudo, foi possível depreender que a legislação de drogas no Brasil, regida pela Lei 11343/2006, também é falha no sentido de não cumprir com o que se objetivou a fazer, isto é, diminuir a circulação de drogas na sociedade, pois em que pese a referida Lei não preveja uma pena restritiva de liberdade aos consumidores, ainda sim tal conduta se mantém como crime, o que além de estigmatizá-los, fazendo com que eles se distanciem ainda mais dos tratamentos que os ajudariam a se livrarem do vício, acarreta em um encarceramento em demasia, dado que a própria legislação não traz um critério objetivo para diferenciar o traficante do usuário.

Desse modo, muitos consumidores são condenados com pequenas quantidades de drogas, ocasionando em um agravamento no sistema carcerário do país, o qual já se encontra exponencialmente precário e falido, afora que estes consumidores possuem grandes chances de retornarem à sociedade voltados para a criminalidade, haja vista que é sabido por todos que as prisões funcionam como verdadeiras “escolas do crime”.

Outrossim, imerso ainda nesta seara, o artigo se debruçou nas questões destas prisões arbitrárias cometidas em razão da inércia legislativa ao adotar critérios subjetivos e como se sabe, não raras vezes, os usuários nos quais são presos em flagrantes com pequenas quantidades de entorpecentes, ficam detidos apenas pela sua condição social ou econômica, a exemplo do lugar onde foi abordado pela autoridade policial, enquanto que outros mais privilegiados financeiramente quando flagranteados com enormes quantidades de drogas, apenas respondem pelo crime de usuários, diante disso, tal realidade não pode ser tolerada, vez que a sociedade brasileira já possui marcas de desigualdades desde que foi colonizado.

Ato contínuo, o olhar da pesquisa foi direcionado principalmente para debater a indevida criminalização do consumo de drogas no Brasil, vigente pelo artigo 28 da Lei 11343/06, porquanto colide com os direitos fundamentais dos cidadãos, logo, não sobeja dúvidas que o mencionado dispositivo é inconstitucional. Nesta toada, dado o seu grau de importância para a

sociedade, o debate chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via de Recurso Extraordinário 635.659/SP, o qual trouxe o tema para apreciação da Corte sob alegação que o referenciado tipo viola as liberdades individuais garantidas pela Constituição.

Constelando na esfera dessa intelecção, o recurso encontra-se pendente de julgamento até este momento, todavia, já foi votado pelos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, os quais apreciaram a questão trazida pelo aludido recurso e entenderam unanimemente declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, sob a ótica que viola o princípio da dignidade humana, assim como, o direito à vida privada e à intimidade, tendo em conta que a Carta Magna resguarda a todos os cidadãos a soberania de tomarem suas próprias decisões com a condição de que não atinjam direito de terceiro.

Além disso, vale frisar que a citada norma também viola os princípios da igualdade e proporcionalidade, este porque a distinção entre usuário e traficante não se faz justa como já supramencionado, gerando por consequência, prisões indevidas e desproporcionais, enquanto que a isonomia se dá pela incoerência legislativa ao tratar como criminoso a pessoa que consome droga com capacidade de causar dependência física, psíquica ou emocional e, nas mesmas circunstâncias, não tratar como criminoso o mesmo indivíduo que consome outro tipo de droga com a mesma capacidade, a exemplo do cigarro e do álcool, fato esse que não deve ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Insta acentuar que a tese de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11343/2006 foi profusamente defendida pelo presente artigo e esteve em perfeita consonância com as decisões proferidas pelos citados ministros no RE 635.659/SP, os quais também entenderam pela revogação do dispositivo, pois além das violações constitucionais acima esposadas causadas por sua vigência, ainda ocasiona em diversos problemas de cunho econômico e social, afetando sobremaneira o desenvolvimento do país.

Diante dessas considerações, é de bom alvitre mencionar que este trabalho teve a proposta de traçar comparativos entre a realidade dos países que atualmente adotam a descriminalização de drogas com a do Brasil, expondo as principais vantagens que estas nações obtiveram ao adotar a política de redução de danos, a exemplo de Portugal que conseguiu diminuir o número de usuários ao mesmo tempo que impediu o aumento de prisões.

Por fim, espera-se que este artigo possa contribuir de maneira significativa para a temática de drogas, sob o prisma constitucional, visando que o Brasil reconheça a necessidade de se aproximar, ainda que gradualmente, de um modelo menos repressivo e mais garantidor

de direitos, que desonere o sistema penitenciário e judicial, contribuindo, dessa forma, para o efetivo desenvolvimento social e econômico do país.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. **Constitución de lá Nación Argentina.** Disponível em <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/897/constitucion-nacion-argentina>. Acesso em: 21 abril de 2021.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. **Política Criminal das drogas: O Proibicionismo e seu bem jurídico.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga.** Tradução Tiago Jose Risi Leme. São Paulo: Ideias e Letras, 2012.

Boletim de Jurisprudência internacional. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI6Porte_de_drogas_para_consumo_pessoal.pdf Acesso em: 21 de abril de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 202. Voto Min. Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2021. Voto Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf> Acesso em: 21 de abril de 2021. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

CANOTILHO *Apud* NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COLOMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia**. Disponível em <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em 21 de abril de 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação de identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Leite Nunes. Rio de Janeiro: Koogan Editores, 1988.

HAMILON, Olavo. **Drogas: Criminalização simbólica**. Rio Grande do Norte: Editora Jurídica, 2019.

KARAM, Maria Lucia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico], 2013. pág. 6.

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; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm Acesso em: 21 abril. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA JUNIOR, G.J. **Mercado de Drogas e Repressão: Efeitos da Intervenção Governamental sobre violência gerada pelo Mercado de Drogas numa Rede Verticalmente Relacionada**. Dissertação (Mestrado) em Economia. Universidade Federal de Pernambuco, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 set. 2021.

Relatório Europeu sobre Drogas. Disponível em Relatório Europeu sobre Drogas. Tendências e evoluções. 2018 (europa.eu).

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2011. pág.3.

RIBEIRO, Maurides Melo. **Drogas e Redução de Danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Um Tiro no pé: Impactos da proibição das drogas no orçamento do sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro e São Paulo. Disponível em: https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Um-Tiro-no-Pe_relatorio-completo.pdf Acesso em: 25 maio de 2021.