

**DEBATE SOBRE DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ENTORPECENTES  
PARA CONSUMO PESSOAL DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.  
28 DA LEI 11.343/06**

**Luany dos Santos Delunardo<sup>1</sup>**

**Thiago Andrade dos Santos<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo tem o escopo de promover um debate acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, ante uma possível inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Inicialmente, antes de focar no tema principal, abordou-se num primeiro momento um pouco da trajetória histórica da guerra contra as drogas no Brasil. Em seguida, para melhor compreensão do art. 28 em si, analisou-se alguns pontos específicos trazidos pela nova Lei de Drogas. Traz ainda o entendimento recente de doutrinadores acerca da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, pontuando qual o real papel que o Estado deveria exercer em favor dos usuários, fazendo um liame ao debate nacional no STF, tramitado no ano de 2015 para uma possível descriminalização. Ao final, saldou-se que, o Estado intervém na liberdade e autonomia do cidadão de agir de acordo com sua vontade, ferindo diretamente os princípios constitucionais da autonomia, dignidade da pessoa humana, intimidade e liberdade do indivíduo.

Palavras-chave: Drogas. Descriminalização. Inconstitucionalidade. Consumo pessoal.

## **1 INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem o escopo de, com base na análise da legislação vigente acerca das drogas, demonstrar até que ponto o Estado interfere na vida do

---

<sup>1</sup> Graduanda do 10º período de Direito da Faculdade de Direito da Serra – Rede de Ensino DOCTUM. Email: luanydelunardo@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em segurança pública. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Professor universitário. Email: monitoria.thiago@gmail.com.

cidadão ao tipificar como crime a simples conduta de ser usuário de drogas, sendo certo que a própria Lei 11.343/06 cuidou em separar os usuários daqueles que praticam a mercancia, muito embora não tenha o legislador se atentado que apesar da despenalização, não houve de fato um *abolitio criminis*<sup>3</sup>.

A princípio, nossa Constituição Federal Brasileira, promulgada no ano de 1988, estabeleceu, dentre os incisos de seu art. 5º, os direitos fundamentais necessários à pessoa humana, com intuito de que seja resguardado a todos o direito de uma vida digna, e principalmente livre. Cabe ressaltar de pronto, que após breve análise da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06, é facilmente observado um confronto com os princípios fundamentais, sendo certo que a vida privada e a intimidade do cidadão estão sendo lesionadas, além do próprio art. 4º da Lei 11.343/06, uma vez que pune-se o agente por um possível mal que não atinge ninguém a não ser ele mesmo.

Ainda nesse diapasão, é notório que se o intuito do legislador com o advento da Lei de Drogas foi de fato dar um tratamento diferenciado ao usuário, é necessário verificar que não basta apenas a retirada da pena privativa de liberdade como uma das formas de sanção, uma vez que o usuário, ainda que não possa ser preso, sofrerá consequências penais como qualquer outro crime previsto em nosso ordenamento jurídico.

Nota-se então, que a ideia de reinserção do usuário na sociedade proposta pela atual legislação em seu artigo 3º não está sendo alcançada, pois mesmo que não se puna o consumo de droga propriamente dito, é notório que pune-se o cidadão pelo fato de ser usuário, fugindo do objetivo principal de ressocialização proposta pela Lei de Drogas em no referido artigo.

É importante destacar que a realização desta pesquisa e consequente debate torna-se um estudo de suma relevância para a sociedade, visto que já existe discussão em nosso Supremo Tribunal Federal acerca de possível descriminalização de tal delito, ante sua notória inconstitucionalidade.

## **2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL**

---

<sup>3</sup>*Abolitio criminis* significa adescriminalização em razão da superveniência de uma nova lei penal que descriminaliza condutas. (ESTEFAN, André. Direito penal esquematizado: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.)

Inicialmente, deve ser pontuado que o uso de substâncias entorpecentes, denominadas atualmente como drogas, é tão antigo quanto o próprio ser humano, não sendo possível precisar com exatidão o início de sua descoberta pela humanidade. Neste sentido, menciona Pablo Ornelas Rosa (2016, p. 52):

O consumo sistemático de substâncias psicoativas, ou seja, de substâncias que de alguma forma agem no sistema nervoso, na consciência ou na psique humana, sempre estiveram presentes no desenvolvimento da humanidade, existindo uma bibliografia bastante extensa e diversificada que revela as diferentes maneiras como estes produtos são elaborados, usados e representados socialmente por diferentes civilizações ao longo da história.

Com o decorrer dos anos, o homem, não se contentando tão somente com os efeitos causados pelas substâncias que encontrava na natureza, e, conforme menciona Gevan de Almeida, “na sua incessante busca de prazer e fuga da dor”, passou a descobrir e conseqüentemente fabricar entorpecentes mais pesados em relação àqueles outrora usados, com maior capacidade de alteração psíquica, causando assim, maior chance de dependência também, sendo notório o poder da rápida propagação das novas drogas que vinham surgindo, automaticamente aumentando o consumo e a venda (2004, p.41).

Enquanto colônia, o Brasil seguia o sistema jurídico que vigorava em Portugal. O primeiro Código Criminal do Império do Brasil, criado em 1830, nada mencionou acerca das drogas (BRASIL, 1830). Mais adiante, no ano de 1890, foi promulgado a primeira versão do Código Penal, tipificando como crime, em seu art. 159, a exposição à venda ou ministração de substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários (BRASIL, 1890). Ainda assim, uso de drogas continuava a se propagar.

João Vieira relata, inclusive, que até o início do século XX, o uso de drogas não constituía crime, sendo escolha exclusiva do indivíduo drogar-se ou não, até que o Estado, após perceber o surgimento de drogas psicotrópicas, que atuavam sobre a mente, resolveu por criminalizar tal conduta, utilizando-se do seu poder de punir e reprimir, objetivando, desta forma, resguardar e proteger o bem público tutelado, no caso a saúde pública (VIEIRA, 1992).

Entre os anos de 1911 e 1921, devido ao demasiado crescimento, foram criados decretos buscando fiscalizar o consumo das drogas, tendo sido, em 03 de setembro de 1921, aprovado o Decreto nº 14.969, que dispunha sobre a entrada de substâncias tóxicas no país, punindo com multa aqueles que incorressem nas

proibições de seus artigos (BRASIL, 1921).

Um pouco mais adiante, em 1938, o foi criado o Decreto-Lei nº 891, objetivando fiscalizar os entorpecentes, mencionando, em um rol, as substâncias ali tratadas, além de determinar, em seus artigos 33 e 35<sup>4</sup>, a pena de prisão para quem praticasse um dos verbos ali presentes, penalizando tanto traficantes quanto usuários (BRASIL, 1938).

Mais tarde, em 1940, foi promulgado nosso atual Código Penal. Tal código dispôs, dentro do capítulo que se referia aos crimes contra a saúde pública, acerca do “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”, aplicando pena de reclusão de um a cinco anos e multa para aqueles que praticassem tal delito, conforme descrito em seu art. 281<sup>5</sup> (BRASIL, 1940). Nota-se, no caso em apreço, que a legislação não separou traficante e usuário. Entretanto, no ano de 1976, tal artigo foi revogado pela Lei nº 6.368, conhecida como Lei de Tóxicos, que surgiu para substituir as legislações anteriores (BRASIL, 1976).

Tal lei, em caráter inovador, desassociou a posse de entorpecentes para consumo próprio do tráfico em si, tornando a pena dos usuários mais brandas em relação a pena cominada aos traficantes.

Em janeiro de 2002, foi criada a Lei nº 10.409, mas, foi praticamente inutilizada, diante da quantidade de artigos vetados pelo Presidente que governava na época, ante a quantidade expressiva de artigos que foram vetados (BRASIL, 2002). Sendo assim, a Lei nº 6.368/76 continuou legislando acerca da parte material, cabendo a Lei nº 10.409/02 a parte processual.

Por fim, no ano de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.343, atual Lei de Drogas,

---

<sup>4</sup> Art. 33 Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

[...]

Art. 35 Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, cem expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena.: um a quatro anos de prisão celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.

<sup>5</sup> Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

[...]

que surgiu com escopo de reprimir o crescimento demasiado da produção e do tráfico de drogas, reprimindo não só quem participava efetivamente do tráfico de entorpecentes, mas também os usuários, conforme conceituado por César Dário Mariano da Silva (2016, p. 22). No próximo capítulo, analisaremos mais a fundo as perspectivas desta Lei.

### 3 ANOVA LEI DE DROGAS

Em 23 de agosto de 2006 foi promulgada a Lei 11.343, denominada, a partir dessa data, como a Lei de Drogas, considerando que suas versões anteriores (Leis 6.368/76 e 10.409/02) eram conhecidas como Lei de Entorpecentes, sendo esta uma de suas primeiras inovações, vez que a preferência em denominar as substâncias ilícitas como entorpecentes deu lugar a um vocabulário mais amplo, denominando tais substâncias como “drogas”. Nesta data, junto a Lei, foi instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (BRASIL, 2006).

Tal lei surgiu com o escopo de repreender não só quem participa efetivamente do tráfico de entorpecentes, mas também os usuários, a fim de reprimir o crescimento demasiado da produção e do tráfico de drogas, conforme conceitua César Dário Mariano da Silva (2016, p.22):

A lei criou um novo sistema que visa não apenas a punir o usuário e o traficante de drogas, mas precipuamente prevenir o uso e a dependência, bem como a tratar aqueles que já são usuários ou dependentes. O artigo 4º estabelece uma série de princípios que devem ser observados pelo Sisnad. Ou seja, ele traz metas e balizas a serem obedecidas a fim de coibir e prevenir o uso ilícito de drogas ou diminuir suas consequências deletérias, seja educando e tratando o usuário e o dependente, seja punindo o traficante.

O título I que trata das “Disposições Preliminares”, menciona, em seu artigo primeiro, parágrafo único, que a atual Lei de Drogas cuidou em definir 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). Com efeito, conforme nos ensina Renato Brasileiro, por tratar-se de uma norma penal em branco<sup>6</sup>, para se ter uma

---

<sup>6</sup> Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Especial Criminal Comentada*. Volume único. Renato Brasileiro de Lima. 4. Ed. Ver., atual e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.)

melhor concepção do conceito de “drogas”, necessário se faz uma complementação por meio de lei ou portaria (2016, p. 702).

Nota-se que o fato de determinada substância causar dependência, por si só, não basta para ser enquadrada na definição dada pela Lei, é necessário que a mesma esteja inclusa em uma das listas da portaria nº 344/98, regulamentada pela ANVISA (BRASIL, 1998).

Posto isto, observa-se que, em uma remota hipótese onde um cidadão é flagrado manipulando de alguma forma uma substância que cause dependência, mas que não esteja taxada em alguma lista da portaria citada, o mesmo não será autuado em flagrante por qualquer crime presente nesta Lei, haja vista a atipicidade da conduta.

Logo em seguida, o art. 2º dispõe sobre das proibições acerca do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, trazidas à baila através da portaria infra mencionada. Entretanto, o próprio artigo segundo traz em seu texto uma exceção quanto a essa proibição, ressaltando as hipóteses de situações específicas que forem autorizadas e regulamentadas, bem como as disposições trazidas por Tratados e Convenções.

Os títulos II e III foram reservados para tratar, em seus capítulos, das finalidades da implantação do *Sisnad*<sup>7</sup>, seus princípios e objetos, priorizando a prevenção do uso indevido, a reinserção do usuários na sociedade, bem como a repressão do tráfico e da produção ilícita de drogas.

Cumprido ressaltar, que logo no início, o art. 4º, inciso I da Lei, destaca que o *Sisnad* tem o escopo de respeitar os “direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”.

Ainda na esfera do título III, a partir do art. 27, foi intitulado o capítulo III que trata “Dos crimes e das penas”.

No que tange a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, o título IV, especifica em seus artigos, além das disposições gerais, os crimes relacionados ao tráfico e produção ilícitos dos entorpecentes, e o procedimento penal que deve ser adotado, considerando que esta Lei segue procedimento próprio disposto no capítulo III deste título, aplicando-se, lógico, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal de forma subsidiária.

---

<sup>7</sup>SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS.

Os capítulos e títulos finais tratam da cooperação internacional, e disposições finais e transitórias.

### 3.1 Definição de usuário e análise do art. 28 da Lei 11.343/06.

Como já mencionado, uma das principais inovações da atual Lei de Drogas, foi a separação do usuário/dependente daquele que efetivamente pratica a traficância.

Abel F. Gomes e Marcello Granado (2006, p. 04) afirmam que os usuários a quem a lei se refere, são aqueles que pessoalmente utilizam/consomem a droga de forma clandestina, visto que não possuem orientação médica, tampouco autorização para tal feito.

Voltando os olhos para o título III, capítulo III, nota-se, que em seu art. 28, a legislação descreve as condutas que caracterizam o consumo pessoal, indicando, em seus incisos, as penas cominadas àquele:

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.

(...)

Neste sentido, lecionam Gustavo Octaviano e Paulo Henrique (p.261, 2010):

As condutas típicas são adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. Trata-se de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto fático importa em apenas uma violação à norma e, assim, permite a aplicação de somente uma sanção.

Afirmam ainda os mesmos autores, que o sujeito ativo no delito em questão são os próprios usuários/dependentes. De outro lado, conforme nos ensina Renato Brasileiro, por se tratar de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, a sociedade torna-se o sujeito passivo (BRASILEIRO, 2016).

Quanto ao objetivo jurídico, César Dário explica que Lei de drogas almeja tutelar e proteger a saúde pública (2016. p. 43):

(...) a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde

pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica.

As penas cominadas para este delito poderão ser aplicadas de forma cumulada ou isolada, sendo discricionário ao magistrado sua aplicação, após observados os ditames dos artigos 42 da Lei de drogas<sup>8</sup> e 59 do Código Penal<sup>9</sup>.

#### **4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL ANTE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06**

Como cediço, a Lei de Drogas, atentou-se em separar as punições inerentes aos usuários, diferenciando-os dos traficantes, aplicando-lhes penas mais brandas, ao invés de propor a segregação dos mesmos, como outrora era feito<sup>10</sup>.

Nota-se, que apesar dessa visão inovadora trazida pela Lei 11.343/06, as condutas praticadas pelos então usuários/dependentes não deixou, de fato, de ser um crime propriamente, sendo certo que o artigo 28, que trata do delito, continua localizado no capítulo III da lei, intitulado como “DOS CRIMES E DAS PENAS”, oportunidade em que foram afastadas apenas as penas privativas de liberdade, permanecendo, entretanto, o caráter punitivo da sanção (BRASIL, 2006).

Conforme nos ensina o jurista Fernando Capez, é cediço que ocorreu apenas a abolição da privação da liberdade ou de direitos, sendo certo que o agente ainda sofrerá punição criminalmente, pois a ilegalidade da prática não foi afastada, ou seja, não ocorreu de fato o *abolitio criminis*<sup>11</sup>(2012, p. 626):

---

<sup>8</sup>Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

<sup>9</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

<sup>10</sup>Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: **Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.** (Lei 6368/76 revogada pela atual Lei 11.343/06). Grifou-se

<sup>11</sup> Abolitio criminis significa a nova lei penal que descriminaliza condutas. (ESTEFAN, A. *Direito penal esquematizado: parte geral*//André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2012. p.184.)



O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da atual Lei).

Neste sentido, é notório que iniciou-se entre os julgares e doutrinadores uma discussão acerca da constitucionalidade de tal artigo, visto que proibir um cidadão de fazer uso ou consumir algo que pode ser prejudicial ou benéfico somente a ele próprio, vai de total confronto com alguns direitos fundamentais previstos no artigo 5º, inciso X, da nossa Constituição Federal, tais como a intimidade e a vida privada, além de ferir a liberdade pessoal, visto que criminaliza uma escolha única e pessoal do indivíduo.

Alexandre de Moraes afirma que os direitos fundamentais surgiram após a fundição de várias fontes, desde as tradições até os mais estudados pensamentos filosófico-jurídicos (MORAES, 2006).

Já Rodrigo Cesar os define da seguinte forma (2011. p. 96):

São os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes.

Quanto à liberdade pessoal, o filósofo britânico John Stuart Mill afirma que o indivíduo deve ser livre para realizar as ações que bem desejar desde que não afete a liberdade de outrem. Menciona ainda que, a partir do momento que as condutas de tal indivíduo prejudiquemos interesses dos outros, deve o Estado intervir, caso contrário, os cidadãos devem ser livres para realizarem ações e arcar com suas respectivas consequências (MILL, 2006, p.108).

Insta salientar que o Direito Penal, ramo do Direito que visa a garantia e segurança jurídica, tem como principal objetivo proteger os bens mais importantes e necessários para a sobrevivência da sociedade, conforme explica Rogério Greco (2016, p.02).

Neste sentido, dentre os diversos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, César Dário explica que Lei de drogas almeja tutelar e proteger a saúde pública (2016. p. 43):

(...) a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde

pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica.

Na mesma toada, leciona Capez (2012. p. 626):

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação.

Nilo Batista, ao fazer um adendo acerca do princípio da lesividade, cita em sua obra “Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro”, os dizeres de Claus Roxin, reconhecido jurista alemão, que afirma:

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos.

Desta forma, é acertado mencionar que, de fato, não há que se falar em criminalização de uma conduta que não atinge o próximo, ou a sociedade em si, mas sim exclusivamente o próprio usuário, sendo certo que o porte de drogas para consumo pessoal está longe de ultrapassar a vida privada do agente, tornando-se assim, inadmissível tal proibição. Conforme afirma Salo de Carvalho, a descriminalização do uso faz necessária para que seja respeitado os direitos e garantias, quer sejam individuais, coletivos ou difusos (CARVALHO, 1996).

Luiz Flávio Gomes, ao defender a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, afirma veemente que não existe perigo à saúde pública no crime em questão, mas tão somente fere bens jurídicos pessoais do indivíduo, sem que atinja o próximo, não podendo desta forma se admitir que tal conduta enseje em um delito propriamente dito, gerando as mesmas consequências daqueles que possuem penas privativas de liberdade (2013, p.122).

Conforme afirma Pablo Ornelas, a proibição do uso de drogas e atitudes correlacionadas, está ligada muito mais por questões morais do que por questões referentes à saúde e segurança pública (2014). Segundo ele:

Trata-se de uma governamentalização das drogas, de uma biopolítica que apresenta verdades que devem ser elucidadas à população e não mais reproduzidas da forma com que ocorre hodiernamente.”

Já Gustavo Octaviano e Paulo Henrique, ao defenderem a criminalização uso, mencionam que a mesma se faz necessária, vez que, mesmo que não exista privação de liberdade do indivíduo, prevalece a intimidação imposta pelo Estado, causando o temor da punição no cidadão (2010, p. 462). Afirmam ainda:

Também dentro da prevenção geral positiva, a descriminalização apenas reforçaria a normalidade do comportamento, sendo que a punição, apesar de alta cifra negra específica, ainda é das poucas comunicações do Estado no sentido da desaprovação da conduta, reforçando que a crença de que o comportamento que gera o risco proibido à saúde pública é anormal, ilícito, ratificando a confiança na norma.

Em contrapartida, a atual presidente da Leap<sup>12</sup> Brasil, Maria Lucia Karam, defensora da descriminalização do porte para uso, relata que, democraticamente falando, o Estado, em suas funções institucionais, não está autorizado a interferir em condutas que não exponham os cidadãos em risco concreto, direto e imediato para terceiros, visto que o então criminalizado uso de drogas trata-se de perigo de autolesão, afastando o risco de afetar bens jurídicos individualizáveis. Entende Maria Lúcia, que se torna totalmente inviável punir o titular do bem jurídico que age por sua própria vontade, inexistindo expressiva potencialidade capaz de afetar de forma concreta o bem jurídico individualizável. Ainda neste sentido, menciona (KARAM, 2015):

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. Intervenções do Estado supostamente dirigidas à proteção de um direito contra a vontade do indivíduo que é seu titular contrariam a própria ideia de democracia, pois excluem a capacidade de escolha na qual esta ideia se baseia.

Atualmente o entendimento de nosso Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> caminha no

---

<sup>12</sup> Associação de Agentes da Lei contra a Proibição.

<sup>13</sup> Julgado neste sentido: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PORTE PARA USO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. NÃO CONFIGURAÇÃO. FATO TÍPICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 430.150/RJ, sedimentou orientação de que a Lei n. 11.343/06 não descriminalizou a conduta que tipificou no art. 28, que, portanto, continua a configurar crime. Ocorreu mera despenalização, assim entendida como a ausência de

sentido de não haver descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, seguindo no consenso da mera despenalização. Entretanto, é imperioso salientar, que no ano de 2015, o próprio STF retomou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 que discute a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, contando, inclusive, com repercussão geral conhecida, tendo como principal ponto a discussão acerca da constitucionalidade ou não de tal delito.

Os relatores do RE, que se manifestam de forma favorável a descriminalização do uso, fundamentam que a condenação por tal delito fere direito constitucional, além de se tornar ineficaz no combate as drogas, conforme noticiado pelo *site* do Planalto, enfatizando o voto do Relator Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, STF, 2017):

Segundo o entendimento adotado pelo ministro, a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos. Destacou também que se trata de uma punição desproporcional do usuário, ineficaz de infligir o direito constitucional à personalidade.

Nota-se, dessa forma, que o próprio Supremo Tribunal Federal planeja dirimir discussão no sentido de descriminalizar o uso de entorpecentes, ante a notória inconstitucionalidade do delito, ferindo os direitos inerentes ao cidadão, que são resguardados pela Carta Magna.

## 5 CONCLUSÃO

Apesar de não desconhecer as grandes mudanças positivas provocadas pela atual Lei de Drogas, no decorrer do presente trabalho, pode-se concluir a visível ineficácia do art. 28 da Lei supracitada, se confrontada com as propostas trazidas pela mesma, no sentido de dar uma atenção diferenciada aos usuários/dependentes de entorpecentes, reinserindo-os novamente no âmbito social.

Ao tipificar a conduta de ser usuário como um crime em si, o legislador continuou a aproximar o dependente de sanções penais inerentes a um criminoso propriamente dito, afastando assim a verdadeira natureza sanitária do delito. Quando um cidadão pratica alguma conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas,

---

previsão, para o tipo, de pena privativa de liberdade como sanção. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, STF, 2017).

esta pecando contra sua própria saúde e integridade, sendo necessário nesse caso medidas diversas do âmbito Penal ou Administrativo, referentes ao justo atendimento e recuperação dos envolvidos nesta prática.

Punir o usuário, além de ferir seus direitos constitucionais, frustra a iniciativa do Estado em reprimir o demasiado crescimento e proliferação do tráfico ilícito de entorpecentes. Isto porque, caso o usuário/dependente continue a ser tratado com punições e medidas alheias ao tratamento de sua dependência/doença, dificilmente conseguirá curar-se do vício sem ajuda ambulatorial, de forma que as sanções previstas no referido artigo, de nada surtiriam efeito e novamente os cidadãos ao invés de se verem tratados, voltariam para o submundo das substâncias ilícitas.

**DEBATE ON DECRIMINALIZATION OF THE PORTE DE  
ENTORPECENTES FOR PERSONAL CONSUMPTION IN RELATION TO  
THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 28 OF LAW 11.343 / 06**

***ABSTRACT***

The present article has the scope to promote a debate about the decriminalization of the possession of drugs for personal consumption, before a possible unconstitutionality of art. 28 of Law 11,343 / 06. Initially, before focusing on the main theme, a bit of the historical trajectory of the war on drugs in Brazil was first approached. Then for a better understanding of art. 28 in itself, analyzed some specific points brought by the new Drug Law. It also brings the recent understanding of the doctrines about the decriminalization of the possession of drugs for personal use, stating the real role that the State should exercise in favor of users, linking the national debate in the STF, processed in 2015 for a possible decriminalization. In the end, it was pointed out that the state intervenes in the citizen's freedom and autonomy to act according to his will, directly injuring the constitutional principles of autonomy, dignity of the human person, intimacy and freedom of the individual.

Keywords: Drugs. Decriminalization. Unconstitutionality. Personalconsumption.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. C. *O crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ALVES, A. *Lei De Drogas - Evolução Histórica e Legislativa no Brasil*. *JurisWay Sistema Educacional Online*. São Paulo. 2010. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4818](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818)>. Acesso em setembro de 2018.

BATISTA, N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Editora Revan, 2007. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076218/mod\\_resource/content/1/BATISTA%2C%20Nilo.%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20cr%C3%ADtica%20ao%20direito%20penal%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076218/mod_resource/content/1/BATISTA%2C%20Nilo.%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20cr%C3%ADtica%20ao%20direito%20penal%20brasileiro.pdf)>. Acesso em outubro de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*, Lei de 16 de dezembro de 1830. Brasília – site oficial do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em setembro de 2018.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília – site oficial do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em setembro de 2018.

BRASIL. *Código Penal dos Estados Unidos do Brazil*. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Brasília – site oficial do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em setembro de 2018.

BRASIL. *Lei de Drogas*. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília - site oficial do Planalto, Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em julho/outubro de 2018.

BRASIL. *Lei de Entorpecentes*. Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. Brasília - site oficial do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em julho/setembro de

2018.

BRASIL. *Lei de Entorpecentes*. Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. Brasília - site oficial do Planalto, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm)>. Acesso em julho de 2018.

BRASIL. *Lei de Fiscalização de Entorpecentes*. Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938. Brasília – site oficial do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm)>. Acesso em setembro de 2018.

BRASIL. *Regulamento para a entrada no País das Substâncias Tóxicas*. Decreto nº 14.969, de 03 de setembro de 1921. Brasília – site oficial do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D14969.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D14969.htm)>. Acesso em setembro de 2018.

BRASIL. *Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial*. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Brasília – site oficial do Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 406905. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Especial. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524665563/habeas-corpus-hc-406905-sp-2017-0162821-8>> Acesso em abril de 2018.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal*, volume IV, legislação especial penal. 7.<sup>a</sup> ed., rev. e atualizada. Saraiva, 2012.

CARVALHO, S. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

ESTEFAN, A.; GONÇALVES, V. E. R. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, A. F.; GRANADO, M. *Nova lei antidrogas: Teoria, crítica comentários a lei nº 11.343/06*. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

GOMES, L. F. *Lei de Drogas comentada. 5ª Ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, R. *Curso de direito penal - v. 1: parte geral: artigos 1. a 120 do Código Penal.* 18.ª ed. Niterói: Impetus, 2016.

JUNQUEIRA, G. O. D.; FULLER, P. H. A. *Legislação Penal Especial.* 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 1.

KARAM, M. L. *Drogas: Legalizar para respeitar os direitos humanos.* Conferência de abertura do Seminário Redução de Danos: Saúde, Justiça e Direitos Humanos, promovido pelo Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outras Drogas Gregório Matos. 2015. 13 p. Disponível em: <[http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/119\\_Drogas-legalizar-para-respeitar-os-direitos-humanos-UFBA.pdf](http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/119_Drogas-legalizar-para-respeitar-os-direitos-humanos-UFBA.pdf)>. Acesso em setembro de 2018.

LIMA, R. B. *Legislação Criminal Especial Comentada.* 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. Volume único.

MILL, J. S. *Ensaio sobre liberdade.* São Paulo: Escala, 2006.

MORAES, A. *Direito constitucional.* 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINHO, R. C. R. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.* 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, P. O. *Drogas e a Governamentalidade Neoliberal: Uma Genealogia da Redução de Danos.* 1.ª ed. Florianópolis: Editora Insular Ltda, 2014.

SILVA, C. D. M. *Lei de drogas comentada.* 2ª ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

VIEIRA, J. *O magistrado e a lei de tóxicos.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.