

**USUÁRIO V. TRAFICANTE CRIMINOSO: ANÁLISE AO
TRATAMENTO DA CONDUTA DO TIPO PENAL PREVISTO
PELO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS (11.343/06)**

**USER V. CRIMINAL TRAFFICKING: ANALYSIS TO THE
TREATMENT OF PENALTY CONDUCT PROVIDED BY ARTICLE
28 OF THE LAW OF DRUGS (11.343/06)**

Pedro Criado Morelli¹
Douglas Teodoro Fontes²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo o estudo da Lei Federal nº 11.343/06 (Lei de Drogas ou Tóxicos) – responsável pelo tratamento preventivo, de atenção e de reinserção social por meio de medidas educativas, bem como repressivo conferido à produção não autorizada e à prática do tráfico ilícito de drogas por meio de normas incriminadoras extravagantes. Será abordado especificamente a necessidade de se repensar o tratamento jurídico-social conferido ao agente portador de drogas para fins de consumo próprio - usuário. Através do método dogmático-jurídico e indutivo buscou-se basear em casos jurídicos concretos para a melhor solução e aplicação do Direito. Restará ao final demonstrado pela inconstitucionalidade em criminalizar e punir o agente usuário de drogas frente aos preceitos fundamentais do ordenamento pátrio edificado à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Usuário. Descriminalização. Intimidade.

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev, SP, Brasil. E-mail: pedrocmorelli@outlook.com;

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev, SP, Brasil. E-mail: dougfontes@hotmail.com

ABSTRACT: The objective of this research is the study of Federal Law n° 11.343/06 (Law on Drugs or Toxics) - responsible for preventive treatment, care and social reintegration through educational measures, as well as repressive treatment for unauthorized production and to the practice of illicit drug trafficking, by means of extravagant incriminating norms. Specifically, the need to rethink the juridical-social treatment given to the drug agent for self-consumption purposes will be addressed. Through the dogmatic-juridical and inductive method, it was tried to base on concrete juridical cases for the best solution and application of the Law. It will ultimately be demonstrated by the unconstitutionality of criminalizing and punishing the drug user agent in the face of the fundamental precepts of the patriot order built in the light of the constitutional principle of the dignity of the human person.

Key words: User. Own Consumption. Decriminalization. Intimacy.

INTRODUÇÃO

A problemática do tráfico ilícito de drogas no Brasil ainda persiste nos tempos atuais mesmo com os avanços das pesquisas científicas. Sejam quais forem os motivos que podem ensejar à prática deste tipo penal, deve-se separar o traficante de drogas daquele agente detentor destas substâncias para fins de consumo próprio.

A Lei n° 11.343/06 é a responsável por instituir o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas no país - SISNAD, tendo como objetivo a prevenção ao uso e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Também se mostra rígida e repressiva no trato ao tráfico ilícito destas drogas, definindo determinadas condutas como criminosas e estabelecendo as sanções cabíveis.

O presente trabalho busca fazer um estudo acerca da conduta tipificada em seu artigo 28 e respectivos parágrafos, os quais criminalizam e punem o porte de drogas para fins de consumo próprio.

Ademais, o estudo de preceitos fundamentais norteadores do ordenamento pátrio, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo norma expressa no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concluindo-se pela desproporcionalidade e inconstitucionalidade do tratamento de caráter criminal-punitivo por parte do Estado conferido ao usuário de drogas.

Preliminarmente, mostra-se necessário uma conceituação de Drogas e um entendimento pormenorizado da diferença entre Descriminalização e Despenalização antes de aprofundar-se ao tema.

1 CONCEITUAÇÃO DE DROGAS

Para a melhor compreensão do presente estudo, necessário se faz este tópico da conceituação do tema a ser discorrido.

Em conformidade com a OMS (Organização Mundial da Saúde), droga é qualquer substância capaz de interferir no funcionamento do organismo quando da introdução no corpo. Podem, portanto, ser desde a maconha até aspirina e antibiótico; de cigarro ao LSD; do café ao lança-perfume. Todas aquelas as quais podem gerar, de forma variável a depender do organismo, efeitos que alteram o sistema biológico do agente.

Trata-se, de acordo com a Lei Federal nº 11.343/2006, responsável por instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, de substâncias ou produtos especificados pela Portaria SVS/MS 344 de 1998 que podem gerar a dependência ao agente que destas fizer uso.

O art. 1º, parágrafo único da Lei de Drogas esclarece:

Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, **assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.** (grifo próprio).

Vale ressaltar que esta lei trata-se de uma norma penal em branco por não conter a definição completa do fato típico. Em outras palavras, precisa-se de outra norma ou de uma portaria para seu complemento e conseqüente eficácia, sob pena de não haver tipicidade na conduta tida como ilícita. Ficando à discricionariedade do juízo para realizar a interpretação no caso concreto, pois o mesmo não pode ser omissivo e deixar de proferir sentença em caso evidente de lacuna da lei (Vide art. 4º, LINDB – Decreto-Lei 4.657/42).

É de todo oportuno trazer a lição sobre norma penal em branco, que assevera:

Norma penal em branco é aquela cuja compreensão do preceito primário demanda complementação. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de drogas. O termo drogas constante dos diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Na verdade, há um verdadeiro branco que precisa ser complementado por norma específica. (LIMA, 2015, p. 702)

No que diz respeito à discricionariedade do magistrado perante o caso concreto em análise valorativa do art. 28, fica nítida a lacuna oferecida pelo legislador ao intérprete, o qual deve procurar sempre pela justa aplicação do direito. No entanto, a distinção entre usuário e traficante criminoso não é clara para o juízo, o que por conseqüência, abre margem ao erro, de modo que uma presunção de tráfico ilícito paira sobre o agente usuário, cuja intenção, na verdade, é apenas de fazer uso daquela substância psicoativa.

2 DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

Entende-se como sendo descriminalização o conceito de *abolitio criminis* com respaldo no Código Penal, art. 2º, caput. uma conduta que até um dado momento é tida por uma lei como criminosa sendo revogada por outra lei posterior, deixando essa conduta de ser considerada como fato típico. “É o caso de supressão da figura criminosa, é dizer, a revogação de um tipo penal pela superveniência de lei descriminalizadora.” (CUNHA, 2015, p. 25)

De outro lado, porém, o fenômeno da despenalização de nada tem a ver com o da descriminalização. Este deixa de considerar criminosa uma determinada conduta, abolindo quaisquer consequências penais que possa a ela atribuir. Em suma, a despenalização se mostra como um abrandamento do legislador ao tratar do agente criminoso, oferecendo não mais pena privativa de liberdade como sanção. Como elucidado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao criar o conceito em sua decisão: “Despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.” (STF, 2007, RE 430.105, REL. MIN. SUPÚLVEDA PERTENCE)

3 O TRATAMENTO JURÍDICO DA REVOGADA E DA ATUAL LEI DE DROGAS

Anteriormente, o diploma legal responsável pelo tratamento daqueles portadores de drogas para fins de consumo pessoal era a Lei nº 6.368/76 em seu artigo 16, em que se estipulava pena privativa de liberdade de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos junto ao pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. Posteriormente, a Lei nº 6.368/76 foi revogada de forma expressa e total, junto da lei 10.409/02 – responsável por auxiliar a eficácia da revogada Lei de Drogas de 1976 - de forma que o artigo 16 não mais disciplina o ordenamento jurídico atual, passando a vigor no ano de 2006 - até o presente momento, a Lei nº 11.343/06 – a nova Lei de Drogas.

Em seu artigo 28, a atual e vigente a lei federal trouxe um abrandamento ao tratar de usuários de drogas, haja vista que não mais previu pena privativa de liberdade como anteriormente, mas penas alternativas como se vê:

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. (grifo próprio).

Houve, portanto, uma despenalização do fato típico. A substituição da pena privativa de liberdade conferida ao usuário pela lei de drogas já revogada se deu por uma sanção alternativa. Por conta disto, aliás, ocorreram algumas divergências doutrinárias acerca da atual natureza jurídica do artigo, sendo que uma parcela minoritária entende ter havido uma descriminalização formal do tipo penal e que a sanção prevista tem caráter *sui generis*, pois o tipo penal não é mais crime de fato e nem contravenção, mesmo estando em uma Lei estabelecadora de crimes e prevendo sanções, ainda que alternativas. Para tanto, alegam que para ser crime precisa-se de sanção privativa de liberdade, seja de reclusão ou detenção, assim como expresso no artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.914 de 1941 que estabeleceu a Lei de Introdução do Código Penal e da lei das Contravenções Penais:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

No entanto, tal tese, embora possa parecer inovadora, mostra-se, na verdade, ultrapassada, vez que sua interpretação é fechada e embasada em um artigo de um decreto-lei de 1941 – LICP, não se adequando ao entendimento contemporâneo de uma interpretação não mais meramente positivista. No mais, é evidente a essência criminal do artigo 28 da Lei de Drogas ao prever penas, ainda que alternativas, como sanção principal. Assim é o entendimento também extraído da análise de Renato Marcão:

É certo que o art. 1º da LICP é bastante objetivo e esclarecedor naquilo que pretende informar. Contudo, é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas “penas alternativas” se encontravam na sua Parte Geral da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 [...] O Direito penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso, a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da LICP não resolve a questão.[...] A ausência de cominação privativa de liberdade não afasta a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção. Em tempos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, de novas discussões acerca da responsabilidade objetiva e outros tantos temas, a definição acima apontada se mostra incompatível com o Direito Penal do século XXI. À época em que elaborada, nem se cogitava da aplicação de outra “pena”, não privativa de liberdade, como “pena

principal”, para qualquer crime, daí o diminuto alcance da definição que decorre da Lei de Introdução, que era perfeita para seu tempo. (2014, p. 53)

Na mesma vertente, reconhecendo a despenalização do art. 28 da Lei de Drogas, pacificou as divergências a Suprema Corte do Judiciário no RE 430.105:

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 [...]. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. (2007, Informativo STF n. 456)

Assentado é o entendimento no sentido de que o tipo penal previsto pelo art. 28 não perdeu seu caráter criminoso, apenas houve a despenalização ao excluir a sanção de detenção de pena privativa de liberdade, estabelecendo, de forma mais justa, porém ainda em desconformidade com a constitucionalidade e proporcionalidade, penas de caráter alternativo.

Indiscutível é a evolução trazida pela vigente lei no que tange à substituição de pena privativa de liberdade por penas alternativas (I. advertência sobre os efeitos das drogas; II. prestação de serviços à comunidade; e III. medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

Contudo, como se verá, mesmo com a promulgação da referida lei, o tratamento dado àquele portador de drogas para consumo próprio ainda encontra-se em desacordo com norma expressa do rol dos direitos fundamentais da CRFB/88 e com relação aos princípios, os quais servem para nortear o ordenamento pátrio para a justa tutela jurisdicional.

4 DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS

Não é à toa a quantidade de princípios contidos no texto constitucional de 1988 e em todo o ordenamento jurídico vigente. Estes princípios podem ser considerados como filosofia emanada do ordenamento, isto é, a essência (objeto fim) de uma determinada lei. Logo, impossível a separação entre princípios e normas legais expressas – vez que estão entrelaçados, devendo ser aplicados por um juízo de ponderação.

Entre os artigos 1º ao 4º, a Constituição da República expressa alguns princípios fundamentais do Estado, de modo a conduzir as relações para um tratamento em que se respeite a dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e numa esfera internacional, os direitos fundamentais – chamados de direitos humanos; respeitando a vida, a liberdade, a igualdade, a liberdade de expressão e outros mais direitos individuais expressos, ora no art. 5º, CF/88.

Dessa forma, evidencia-se a extrema relevância dos princípios na interpretação jurídica quando da aplicação de leis para que sirvam de alicerce para a tomada de decisão do poder punitivo estatal representado na pessoa do Estado-juiz, cuja característica seja o de privar um dos bens jurídico consagrados de maior valor à dignidade da pessoa humana – a liberdade. “Consistem os princípios e garantias fundamentais em verdadeiros limites ao poder punitivo estatal” (LIMA; NOGUEIRA, 2011, p. 9).

Em prol da justiça, a ponderação entre princípios e normas legais se mostra necessária para impossibilitar qualquer abuso ou arbitrariedade diante da grandiosidade do Poder Estatal em face do cidadão.

Na mesma esteira entende Canotilho em citação à obra de Dworkin ao evidenciar que a tutela jurisdicional deve ser prestada à luz da harmonização entre princípios e normas concretas:

(...) a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em (...): o *direito* não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado por *princípios jurídicos abertos* como a justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial

concretizadora destes princípios é tarefa indeclinável dos juízes. (2003, p. 1197, grifo do autor).

Não é de forma diversa que o art. 28 deve ser analisado para a justa interpretação judicial.

Em Recurso Extraordinário interposto ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na pessoa de seu Defensor Público Dr. Rafael Ramia Muneratti, se clama pela justiça, pela observação destes princípios na análise do caso concreto, bem como de norma constitucional concreta, os quais são notoriamente violados por este tratamento conferido pela Lei – tema que será oportunamente abordado em tópico ulterior.

Em favor do réu/recorrente Francisco Benedito de Souza preso na posse de 3 gramas de maconha para consumo pessoal, Muneratti defende perante à Suprema Corte, (RE 635.659), em sede de controle de constitucionalidade, para que se reconheça pela inconstitucionalidade do art. 28. da Lei de Drogas.

É do mesmo entendimento que este estudo compartilha, tratando a seguir das violações do caso concreto, estendendo os efeitos para todos os casos análogos.

5 DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS

Vencido o entendimento da extrema relevância jurídica dos princípios para a prestação da tutela jurisdicional e de sua ponderação com às normas concretas, alguns princípios derivados do texto Constitucional e do Direito Penal são violados quando o Estado criminaliza e pune a conduta de posse de drogas para consumo pessoal. Como se verá.

5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana com relação ao da proporcionalidade da lei

Em um Estado Democrático de Direito e Republicano como é o Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento constitucional

imprescindível para que os direitos e garantias fundamentais inerentes às pessoas recebam o mínimo de respeito. Além do mais, é assegurar o mínimo de humanização ao cidadão com relação à sociedade e também com o Poder Público para um tratamento igualitário. Este princípio serve como um amparo para todas as leis e demais princípios, de forma que é considerado um sobreprincípio.

De forma explícita o inciso III, art. 1º, CF vem para confirmar ser um dos fundamentos do Estado:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana; (grifo próprio).

Logo, a dignidade é entendida, em uma visão neoconstitucionalista como sendo um “princípio chefe” de todo o ordenamento, cujo caráter é absoluto, caracterizando-se pela impossibilidade de ser dispensado. Mesmo quando necessária à ordem jurídica e pacificação social, o Estado deve observar pela limitação, nunca pela extinção dele.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade da lei é um subprincípio do da dignidade, vez que decorre deste. Uma norma desproporcional, contrária à proporcionalidade, afeta a dignidade de forma direta do cidadão ao não respeitar seus direitos fundamentais como a liberdade, a vida privada e a intimidade.

Contudo, diante de uma ameaça relevante a bem jurídico resguardado, compete ao Estado, por meio de lei antecessora, aplicar as cabíveis sanções e, se for o caso a pena privativa de liberdade. Nestes casos, entretanto, a dignidade da pessoa humana não é afetada quando da privação da liberdade do agente, pois o Estado, em nome da ordem jurídica e até mesmo da ameaça à vida de terceiros, é legítimo para aplicar a punição, resguardados, obviamente, o devido processo legal e os direitos fundamentais.

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, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto 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. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (MORAES, 2011, p. 48, grifo do autor).

Percebe-se nesta toada que, mesmo quando se ofende legitimamente de forma justificada os direitos do indivíduo, não obsta que o Estado observe os demais direitos fundamentais do cidadão, aliás, deve fazê-lo.

Pois bem, não se mostra ser o caso de aplicação do princípio da proporcionalidade o art. 28, vez que ao criminalizar a conduta de porte de drogas ao usuário, o Estado de forma totalmente desproporcional coloca o agente no banco dos réus, o faz sofrer por todas as dificuldades do processo penal, o trata como traficante criminoso – pois esse é o viés da persecução penal, o qual objetiva a apuração do crime de tráfico ilícito nos casos de usuário, enquanto condutas de extrema relevância jurídico-social estão a ocorrer. Por fim, para intensificar o direito de punir do Estado, incide ainda sobre o agente, a agravante da reincidência (aumento de um sexto da pena).

Mostra total desproporcionalidade do poder punitivo do Estado em face da conduta do usuário, o qual tem a intenção somente de fazer uso de substância relaxante, assim como se toma uma cerveja, se faz uso de cigarros e até mesmo, come-se brigadeiro o dia todo. Desde que não afete terceiros, caracterizando assim um abuso de conduta, o direito de opção deve ser exclusivamente daquele que o faz.

Partindo dessa premissa, atinge a dignidade da pessoa humana, ainda, ao estigmatizá-lo como criminoso perante toda à sociedade, expondo as suas opções de foro íntimo e, nos casos mais graves de dependência, o seu problema de saúde. Imagine ser taxado como criminoso por conduta que afeta a si mesmo.

Os usuários invisíveis, que não causam problemas para ninguém, são a maioria, mas não têm força política – quando têm interesse – para alterar qualquer coisa na política de drogas. Além do conformismo natural à sociedade de mercado, o medo, o estigma que também os atinge, sua condição já vulnerável pela criminalização, os deixam mais próximos do comércio ilegal do que da hipocrisia do jogo político. (VALOIS, 2017, p. 535)

5.2 Princípios da intervenção mínima, da lesividade e alteridade

Os princípios acima intitulados neste item estão correlacionados de forma que um justifica a existência do outro.

Assim, pelo princípio da intervenção mínima, entende-se que o Estado punitivo deve interferir minimamente na sociedade, de forma que apenas o faz quando de fato seja necessário para a proteção de valores penalmente tutelados que estão sendo expostos a dano efetivo ou potencial, conforme já dito neste estudo, para promover a ordem pública e restabelecer a pacificação social – intuito do Direito.

Leva-se em conta, portanto, a excepcionalidade da intervenção jurídica, a qual deve ocorrer apenas em “*ultima ratio*” – última razão, nos casos extremos quando não mais tiver opção de solução, senão da aplicação do direito punitivo (leia-se “Direito Penal”).

O momento justificável e legítimo da intervenção, no entanto, mostra-se quando vencido o obstáculo da Lesividade ou também conhecido como princípio da Ofensividade da conduta.

Segundo Lima, quando bens jurídicos essenciais sejam violados cabe interferência a fim de puni-la e evitar uma nova conduta violadora possível:

[...] só se pode admitir a intervenção do Direito Penal quando estritamente necessária à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, e apenas naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade - tipicidade material. Afinal, por sua natureza fragmentária e subsidiária, o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. (2015, p. 709)

O Estado, portanto, é impedido de preocupar-se com bagatelas. Isto é, condutas que não expõem a dano efetivo ou potencial bens jurídicos tutelados de terceiros (alteridade), pois ações de mínima ofensividade à sociedade (furtos de laranja sem qualquer violência ou grave ameaça para fins de subsistência, por exemplo) ou nenhuma – como se mostra ser o caso do usuário, não demonstram relevância jurídica a ponto de causar desordem social e justificar a interferência estatal.

Outro princípio correlacionado com o da intervenção mínima e da lesividade/ofensividade, encontra-se o da alteridade – a lesão necessita de transcender o autor, de modo que atinja bem jurídico de terceiro penalmente relevante.

Debruçando sobre o tema através de outra perspectiva, porém, o mesmo autor também explana sobre a tutela jurídica do que paira sobre o usuário, justificando o motivo pelo qual ela é acertada, haja vista colocar em risco terceiros quanto à possibilidade de usuário praticar outros crimes.

[...] ainda prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a Constituição Federal. Por mais que o agente traga a droga consigo para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. (LIMA, 2015, p. 712)

Contudo, conforme o juiz da 2ª vara Criminal da Franca/SP, essa argumentação é infundada por se tratar de perigo não concreto, mas sim presumido. “Existe argumentação no sentido de que o usuário de drogas se torna propenso à prática de crimes, entretanto não se pode punir pela presunção.” (Lima, 2015, pg. 712).

Por conseguinte, não se pode falar em “risco potencial à difusão do consumo de drogas”. Nesse rumo, o próprio legislador, ciente dessa possibilidade ao elaborar a vigente Lei de Drogas, previu expressamente, inclusive com pena de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, mais dias-multas, sem prejuízo das penas previstas no art. 28, àquele que oferecer droga a outro de forma a influencia-lo. É o que se extrai:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar [...]:

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: (grifo próprio).

Também é infundado o argumento de que “usuário serve [...] para a prática do tráfico de drogas”, pois novamente o próprio legislador previu, desta vez no próprio art. 28, § 1º. Entretanto, reconhecendo a inconstitucionalidade de todo o dispositivo, passado a ser lícito, o usuário não mais necessitaria do traficante, qual seja:

Art. 28 Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal [...]

§ 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.** (grifo próprio).

Outrossim, decorrente dos princípios da Intervenção Mínima, bem como o da Lesividade – todos formando uma barreira para que a máquina judiciária quando de fato fizer sentido – é que se encontra um dos mais importantes limites do Direito Penal, residindo no postulado segundo o qual a autolesão não deve ser objeto de tutela jurisdicional – o princípio da Alteridade.

Em suma, o Estado deve interferir quando de fato for necessário (Intervenção Mínima) para a ordem pública, fazendo por meio do meio legal, fazer valer o direito e a justiça, nos casos que de fato ofendam ou ponha em risco bens jurídicos tutelados (leia-se “relevantes” - Lesividade) de terceiros (Alteridade)

6 DA VIOLAÇÃO À NORMA EXPRESSA DA CRFB/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara ao dizer em seu art. 5º, X que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis **a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Diante da norma suprema constitucional, cuja posição hierárquica sobre as demais leis é indiscutível, fica nítida, além das violações já explanadas de princípios basilares e norteadores de todo o sistema jurídico, desta ofensa à Carta Magna.

Decorrentes da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre arbítrio, à intimidade, bem como à vida privada são direitos fundamentais do cidadão, merecendo um trato especial para com eles.

O Estado interfere na liberdade de optar por aquilo que afeta tão somente a intimidade e vida privada do agente, de modo a criminalizar e estigmatizá-lo perante toda a sociedade. Ofende, desde logo, norma expressa da Constituição Federal de 88, mostrando-se o artigo 28 sem amparo algum no texto constitucional, pelo contrário, violador dele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, o consumo próprio não causa danos senão para quem o pratica. Assim sendo, à luz do princípio da Intervenção Mínima do Estado, da Lesividade ou Ofensividade e da Alteridade, os quais combinados, aduzem que o Estado tem legitimidade para preocupar-se apenas com condutas juridicamente relevantes a terceiros, impede que o Estado dê por criminoso quem pratica condutas voltadas apenas para si como é o caso do consumo próprio, restando, portanto o art. 28 da referida Lei contrário aos princípios norteadores do ordenamento pátrio em que são fontes normativas não somente atos legislativos, mas também princípios.

Igualmente, a criminalização do usuário viola diretamente a Constituição Federal de 88 em seu art. 5º, inc. X, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. O consumo de substâncias entorpecentes trata-se de um exercício legítimo de caráter pessoal do agente, o qual age de forma a gozar de seu direito resguardado como sendo fundamental, qual seja, sua liberdade e a autonomia individual de optar pelo modo de vida pelo qual preferir, desde que não extrapole os limites da pessoalidade, vindo por atingir terceiros (a exemplo da conduta de tráfico ilícito – tipificado no art. 33 da mesma Lei ora em comento)

– essa sim deve ser punida, o qual não demonstra ser o caso da prática de consumo de drogas

Como solução, merece prosperar o sugerido pelo Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto do RE 635.659, qual seja, estabelecer, como regra, a delimitação de drogas para configurar usuário, a fim de fazer a separação concreta com relação aos traficantes criminosos. Entretanto, nada obsta que em caso de excesso não considerável, em análise da intenção, não seja o usuário tipificado como traficante. Da mesma forma, permitir considerar traficante aquele que tiver quantidades de usuário. Neste caso também, far-se-á a fundamentação do juízo em análise da intenção.

Também se autorizar o cultivo de limitadas quantidades de mudas fêmeas (as capazes de produzir as folhas para a produção das substâncias) por usuário.

Por fim, em sede de controle de constitucionalidade, deve a Suprema Corte julgar procedente o RE 635.659 interposto pela Defensoria Pública/SP diante da desproporcionalidade e inconstitucionalidade para fins de fazer justiça, estendendo os efeitos à revogação total do artigo 28 da lei 11.343/06 por não competir ao Estado fazê-lo por este meio e sim por políticas públicas de saúde e educação preventiva, bem como por tratamentos de reabilitação – jamais criminoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.914**. Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais de 9 de dezembro de 1941. Rio de Janeiro, RJ. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Lei Federal 2006**. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430.105, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13 fevereiro 2007. **Informativo STF 456**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm#art. 28](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm#art.28) da lei 11.343/2006 e despenalização>. Acesso em: 20 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias**. 1. ed. atual. de acordo com a lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LIMA, Wagner Carvalho. Posse de droga para consumo próprio não é crime, defende juiz. **Migalhas**. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223463,51045-Posse+de+droga+para+consumo+proprio+nao+e+crime+defende+juiz>>. Acesso em: 29 out. 2017.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos, lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**: lei de drogas anotada e interpretada. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.