

**FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS**

**DIREITO**

**LARA TISO MUDRIK DE MENDONÇA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS**

**Três Pontas  
2018**

**LARA TISO MUDRIK DE MENDONÇA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas- FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Profa. Ma. Estela Cristina Vieira de Siqueira.

**Três Pontas  
2018**

**LARA TISO MUDRIK DE MENDONÇA**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em:    /    /    .

---

Orientadora: Profa. Ma. Estela Cristina Vieira de Siqueira

---

Prof. \_\_\_\_\_

---

Prof. \_\_\_\_\_

OBS.:

Dedico esse trabalho primeiro a Deus, por ser essencial a minha vida, aos meus pais Glauco e Stael por acreditarem nos meus sonhos e os tornarem possíveis. Ao meu irmão Rodrigo, pelo constante companheirismo. Aos meus avós, especialmente à vó Cida, que sempre me apoiou. Por fim, ao meu namorado Paulo Roberto pelo carinho, amor e atenção constantes.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente aos professores da Faculdade de Três Pontas - FATEPS por todo conhecimento passado, em especial a minha orientadora Estela por tamanha atenção. Ao meu chefe Dr. Enismar, pela oportunidade e por acreditar em meu potencial. A Bárbara pela amizade no ambiente de trabalho. Por fim, aos amigos da Defensoria Pública e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis”.

(José de Alencar)

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso traz informações significativas sobre o uso de drogas para consumo próprio e informações sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º. 11.343/06. Inicialmente, traz ao leitor o conceito de drogas aceito pela Organização de Saúde, bem como dados históricos. A seguir, trata da previsão no ordenamento jurídico, trazendo os princípios e objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, instituído pela lei de drogas atual. Uma análise detalhada sobre o porte de drogas é necessário, por esse motivo o trabalho aborda sobre os sujeitos do crime, análise do tipo, objetos material e jurídico, bem jurídico tutelado e a classificação geral do delito. Os elementos usados pelas autoridades policial e judiciária são abordados, demonstrando a subjetividade utilizada no reconhecimento de usuários de drogas. Por fim, o trabalho traz posições contrárias e positivas acerca da descriminalização e inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

**Palavras-chave:** Drogas. Uso. Artigo 28. Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade progressiva.

## **ABSTRACT**

*The present work of conclusion of course brings significant information about the use of drugs for own consumption and information about the unconstitutionality of article 28 of Law no. 11,343 / 06. Initially, it brings to the reader the concept of drugs accepted by the Health Organization, as well as historical data. Next, it deals with prediction in the legal system, bringing the principles and objectives of the National System of Public Policies on Drugs, established by the current drug law. A detailed analysis on the possession of drugs is necessary, for this reason the work deals with the subjects of the crime, type analysis, material and legal objects, legal guardianship and the general classification of the crime. The elements used by the police and judicial authorities are addressed, demonstrating the subjectivity used in the recognition of drug users. Finally, the paper poses contradictory and positive positions on the decriminalization and unconstitutionality of article 28 of Law 11,343 / 06.*

**Keywords:** *Drugs. Use. Article 28. Unconstitutionality. Progressive unconstitutionality.*



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Definição de drogas .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Origem das drogas na história .....</b>	<b>14</b>
<b>2.3 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>17</b>
<b>2.4 Princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.....</b>	<b>20</b>
2.4.1 O respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade .....	21
2.4.2 O respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes.....	22
2.4.3 A promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados .....	22
2.4.4 A promoção de consensos nacionais, de participação social para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad.....	23
2.4.5 A promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad .....	24
2.4.6 O reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito.....	24
2.4.7 A integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito .....	24
2.4.8 A articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad.....	25
2.4.9 A adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.....	25
2.4.10 A observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social e a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.....	26
<b>2.5 Objetivos do Sistema Nacional de Política Públicas sobre Drogas .....</b>	<b>26</b>
<b>3 PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL .....</b>	<b>29</b>
<b>3.1 Análise do núcleo do tipo .....</b>	<b>31</b>
<b>3.2 Sujeitos do crime.....</b>	<b>32</b>
<b>3.3 Bem jurídico tutelado.....</b>	<b>33</b>
<b>3.4 Elementos normativos .....</b>	<b>34</b>
<b>3.5 Objetos.....</b>	<b>34</b>
<b>3.6 Classificação .....</b>	<b>35</b>
<b>4 IDENTIFICAÇÃO DO INDIVÍDUO USUÁRIO DE DROGAS .....</b>	<b>37</b>
<b>4.1 Elementos utilizados pela autoridade policial e Ministério Público .....</b>	<b>37</b>

<b>4.2 Elementos utilizados pela autoridade judiciária .....</b>	<b>37</b>
4.2.1 Natureza e quantidade apreendida .....	38
4.2.2 Local e condições da ação .....	39
4.2.3 Circunstâncias sociais e pessoais.....	40
4.2.4 Conduta e antecedentes do agente .....	41
<b>4.3 Princípio da insignificância .....</b>	<b>42</b>
<b>4.4 Princípio <i>in dubio pro reo</i> .....</b>	<b>44</b>
<b>5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11343 DE 2006 .....</b>	<b>46</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata sobre a materialidade do crime de posse de droga para uso próprio e à inconstitucionalidade progressiva do art. 28 da Lei de Drogas - Lei 11.343/2006.

Inicialmente, o trabalho aborda sobre o conceito das drogas, a evolução das mesmas e a previsão no ordenamento jurídico.

Posteriormente, destaca-se o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, trazendo de forma peculiar todos os seus princípios e objetivos, que são de suma importância para interpretação e compreensão dos dispositivos da Lei de Drogas, inclusive o uso pessoal, tema principal dessa pesquisa.

Antes de abordar o tema principal referente a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, o trabalho aborda informações importantes sobre o porte de drogas para uso pessoal, como o bem jurídico tutelado, sua classificação e objetos.

Os critérios subjetivos para diferenciação entre um usuário/dependente e um traficante pelas autoridades policial e judiciária também foram validados na pesquisa, juntamente com os princípios da insignificância e do *in dubio pro reo*.

A discussão sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas coloca em questionamento dois pontos muito importantes, quais sejam a saúde pública e a intimidade da vida privada, observando que os direitos fundamentais expressam proteção, a qual não poderia ser insuficiente, sequer excessiva.

Deste modo, é conferido ao legislador margem de ação para definir a forma mais adequada de proteção aos bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal, limitada ao princípio da proporcionalidade.

Especificamente, sobre o porte de drogas para uso pessoal, o principal argumento em favor da criminalização do uso de drogas é embasado no dano em potencial da conduta, tendo em conta a saúde e a segurança pública, destacando o caráter preventivo da punição.

Noutro giro, outra corrente defende que o porte de drogas não pode ser considerado como um crime, pois é considerado uma simples infração penal de menor potencial ofensivo, onde a criminalização de condutas de consumo pessoal iriam contrariamente aos objetivos do legislador relacionados a usuários e dependentes, que são marcados pela ausência de critérios específicos.

Nesse sentido, a pesquisa se propõe a sanar o seguinte questionamento: como a criminalização do uso pessoal se mostra desproporcional na atualidade, não possuindo o condão de reprimir o tráfico, ao não influenciar de maneira eficaz a conduta do indivíduo?

Importante destacar que o artigo 28 da Lei de Drogas foi submetido ao processo de inconstitucionalização, onde vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, afastando conseqüentemente todo e qualquer efeito de natureza penal em relação à posse de droga destinada ao consumo pessoal.

Deste modo, o trabalho acadêmico defende que o crime somente ocorre se, previamente, houver norma penal constitucionalmente válida, o que importa dizer que as normas submetidas mesmo que progressivamente, para a inconstitucionalidade, devem ser afastadas pela atipicidade penal.

Assim, de forma a proceder com a melhor observação do tema, foi utilizada técnica bibliográfica de pesquisa, com a análise de legislação específica sobre a questão das drogas no Brasil e de literatura especializada, voltada ao problema de pesquisa, com o intuito de ampliar a visibilidade do problema em tela, dentro do debate constitucional acerca da produção legislativa, tomando como principal marco teórico para a construção da parte processual o jurista Guilherme de Souza Nucci, e para a parte específica acerca da Lei de Drogas, o autor Renato Brasileiro de Lima e os juristas Alexandre Bizotto e Andreia de Brito.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### 2.1 Definição de drogas

Após 30 anos de vigência, a Lei n.º. 6.368/76<sup>1</sup> que se referia à droga como substância “entorpecente” ou “que determine dependência física ou psíquica”, foi revogada em 2006 pela atual lei de drogas.

Após 30 anos de vigência e diversas tentativas de mudança, a Lei 6.368/76 acabou revogada. Para muitos penalistas, estava ela superada pelas mudanças ocorridas na sociedade brasileira e não servia mais – como instrumento de controle penal eficaz e adequado - para os fins a que se propunha: prevenção, tratamento e repressão aos usuários e traficantes de substância entorpecente (LEAL, 2006, p. 1).

A Lei n.º. 10.409/2002<sup>2</sup> que usava as mesmas terminologias citadas acima, também foi revogada em 2006.

Sobre as antigas leis, dispõe João José Leal:

Revogada, também, está a Lei 10.409/2002,<sup>[01]</sup> aprovada para substituir sua congênere da década de 1970. Objeto de inúmeros vetos, que lhe suprimiu toda a parte relativa aos crimes e penas, a Lei 10.409/02 acabou promulgada pela metade. Portanto, cumpriu, parcialmente, sua função revogadora e de substituição de sua irmã mais velha, com a qual teve de repartir a função de prevenir e reprimir a conduta do uso e do tráfico ilícito de substância entorpecente, até o momento da vigência da atual lei. Seu texto deformado, desfigurado, lacunoso e marcado por diversas imperfeições técnico-legislativas, certamente, não deixará saudade (LEAL, 2006, p. 1).

Ao contrário das Leis n.º. 6.368/76 e 10.409/2002, a Lei de Drogas n.º. 11.343 de 23 de agosto de 2006, optou por utilizar a expressão “droga”, palavra também utilizada pela Organização Mundial de Saúde.

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

---

1 Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências (BRASIL, 1976).

2 Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências (BRASIL, 2002).

relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006).

Definida legalmente no parágrafo único do dispositivo acima, as drogas são substâncias ou produtos capazes de causar dependência e devem estar catalogadas e especificadas em lei ou listas atualizadas pelo Poder Executivo da União.

Trata-se portanto de uma norma penal em branco de caráter heterogêneo, já que exige termos complementares exigidos em uma portaria da ANVISA – Portaria SVS/MS 344/98.

[...] mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal) (BIANCHINI, 2006, p. 22)

Sobre tal complemento normativo, decisão do Superior Tribunal de Justiça, citada na obra de NUCCI:

A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista CI, que trata das substâncias sujeitas a controle especial, é suficiente para a sua caracterização como droga, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias, efetivamente, causam dependência. O exame pericial será necessário para que outros dados (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica etc.), que não a possibilite de causar dependência, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas (HC 139667/RJ, 5ª T., rel. Felix Fischer, 17.12.2009 *apud* NUCCI, 2018, p. 333).

No âmbito acadêmico-científico, o uso da palavra “drogas” é recorrente e não é restrito apenas à categoria de entorpecentes, mas sim de todas as substâncias e produtos que tenham potencial de causar dependência, com a condição de que estejam correlacionados ao dispositivo legal competente (LEAL, 2006).

Ressalte-se que na literatura jurídico-penal brasileira, pode-se encontrar o termo “tóxico”: “Pode-se dizer que o vocábulo “tóxico” tem sido utilizado de forma corrente na linguagem jurídica brasileira, para se referir às substâncias até então legalmente denominadas de “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” (LEAL, 2006, p. 1).

## 2.2 Origem das drogas na história

Não há ao certo um fato histórico das primeiras experiências humanas com drogas, ou plantas e seus princípios ativos. O que há na verdade, são lendas de determinadas civilizações associando frutos com a ideia de paraíso (AVELINO, 2010).

Com a intensificação do homem sobre a natureza, surgiram grupos familiares e o surgimento de grandes civilizações.

Nesses grandes grupos, o uso de certas substâncias eram relacionados a diversos rituais.

As culturas de caçadores-coletores – sem dúvida as mais antigas do planeta – têm em comum uma pluralidade aberta ou mesmo interminável de deuses. Actualmente sabemos que numa proporção muito elevada dessas sociedades os sujeitos aprendem e reafirmam a sua identidade cultural passando por experiências com alguma droga psicoativa [...] Antes de o sobrenatural se concentrar em dogmas escritos, e de castas sacerdotais interpretarem a vontade de qualquer deus único e onipotente, o fulcro de inúmeros cultos era o que se percebia em estados de consciência alterada, e foi-o precisamente a título de conhecimento revelado. As primeiras hóstias ou formas sagradas eram substâncias psicoativas, como o peyotl, o vinho ou certos cogumelos (ESCOHOTADO, 2004 *apud* AVELINO, 2010, p. 1)

As primeiras referências escritas sobre algumas plantas e suas substâncias psicoativas são da Idade Antiga<sup>3</sup>.

A papoula ou dormideira, planta da espécie *Papaver somniferum L.*, aparece descrita em placas sumérias do terceiro milênio a.C., representada em cilindros babilônicos, imagens da cultura creto-micênica e em hieróglifos egípcios. O cânhamo (*cannabis sativa*) tem sua origem na China, país em que foram encontrados os primeiros restos desta fibra. Surgem também indícios de seu uso na Índia, para tratamento de febre, insônia, tosse seca e disenteria, e na civilização da Mesopotâmia, empregada como incenso cerimonial. O arbusto de coca, planta do gênero *Erythroxylon*, originário da região de Macchu-Yunga, no antigo Alto Peru (hoje Bolívia), fora disseminado pelos incas (AVELINO, 2010, p. 1).

O autor também cita o hábito de mastigação de folhas de coca em esculturas dos povos andinos (século III a.C), em ritos e para aliviar o esforço físico e mental relacionado ao trabalho em altas altitudes.

---

<sup>3</sup> Com o advento da escrita, em 4.000 a.C, tem início, utilizando-se o recurso didático da periodização da história, a Idade Antiga, em que se destaca o surgimento de duas principais formas de organização socioeconômica: as sociedades baseadas no regime de servidão coletiva (sociedades asiáticas) e as sociedades escravistas (em especial, as sociedades grega e romana) (AVELINO, 2010, p. 1).

Sobre o uso de álcool, encontra-se registros na sociedade egípcia: “O Código de Hamurabi, por exemplo, em sua ordenação 108, mandava executar os donos de tabernas que adulterassem a qualidade de bebidas como o vinho e a cerveja” (AVELINO, 2010, p. 1).

A civilização grega rompeu a ideia de que os conhecimentos advinham apenas da religião, e por essa nova perspectiva as plantas<sup>4</sup> também ficaram conhecidas como instrumentos de cura.

Em Roma o uso de certas drogas estava inserido nos costumes da sociedade.

Ressalte-se que o uso de tais substâncias, nas áreas medicamentosas e recreativas não era um problema na época, uma vez que estava inserido nos costumes da sociedade.

[...] este formidável consumo não cria problemas de ordem pública ou privada. Embora se contem aos milhões, os consumidores regulares de ópio não existem nem como casos clínicos nem como marginais de sociedade. O costume de tomar esta droga não se distingue de qualquer outro costume – como madrugar ou tresnoitar, fazer muito ou pouco exercício, passar a maior parte do tempo dentro ou fora de casa -, e daí que não haja em latim expressão equivalente a ‘opiómano’, ainda que exista pelo menos uma dúzia de palavras para designar o dipsómano ou alcoólico (ESCOHOTADO, 2004 *apud* AVELINO, 2010, p. 1).

Segundo o autor acima, o valor negativo sobre as drogas recaiu primeiramente sobre o álcool, e posteriormente, sobre drogas conhecidas popularmente como maconha, inalantes, solventes, estimulantes, cocaína, crack, dentre outros.

Durante a Idade Média, o uso de qualquer substância contrária aos ideais cristãos era punido.

Perante tais evidências, o uso de drogas diferentes do álcool castiga-se com tortura e pena capital, tanto se for religioso como se for simplesmente lúdico. Ao mesmo tempo, as drogas não são corpos precisos, mas uma coisa entre aspiração infame e certa pomada. (...); isto permitia ser queimado vivo por guardar uma pomada para luxações, sempre que a pessoa parecesse suspeita ou tivesse inimigos; igualmente possível era que, noutra domicílio, a presença de pomadas muito psicoativas fosse considerada inocente. Mas elaborar plantas e beberagens parecia às autoridades aproximar-se demasiado da abominação, e punha em perigo o seu relato dos factos; a saber, que o mundo – castigado por Deus – estava cheio de bruxas com poderes sobrenaturais, devido à sua aliança com Satanás (ESCOHOTADO, 2004 *apud* AVELINO, 2010, p. 1).

A fim de evitar as perseguições, se fez necessária a separação da magia e da farmacologia, apresentando as utilidades desta na medicina.

No século XVI, com a intensificação das grandes navegações, algumas ervas foram encaradas como estimulantes, perturbadoras ou depressoras do sistema nervoso.

---

<sup>4</sup> Plantas como a dormideira, o cânhamo, a beladona, a mandrágora, e as drogas por elas produzidas.



Os espanhóis estimularam intensamente o consumo de coca. Era um negócio esplêndido. No século XVI, gastava-se tanto, em Potosí, em roupa européia para os opressores como em coca para os índios oprimidos. Quatrocentos mercadores espanhóis viviam, em Cuzco, do tráfico de coca; nas minas de Potosí, entravam anualmente cem mil cestos, com um milhão de quilos de folha de coca. A Igreja cobrava impostos sobre a droga. O inca Garcilaso de la Veja nos diz, em seus ‘comentários reais’, que a maior parte da renda do bispo, dos cônegos e demais ministros da igreja de Cuzco provinha dos dízimos sobre a coca, e que o transporte e a venda deste produto enriqueciam a muitos espanhóis (GALEANO, 1978, p. 34).

Outros produtos também foram explorados na América espanhola além da cocaína, como a erva-mate, o cacau, o guaraná e o tabaco (AVELINO, 2010, p. 1).

Na China, a legalização da importação de ópio<sup>5</sup> e a liberação da dormideira em 1890, fizeram com que o país produzisse 85% (oitenta e cinco por cento) de sua demanda interna.

A decadência desse rendimento desencadeou o surgimento de políticas contrárias ao tráfico de respectiva droga em toda a Europa e também nos Estados Unidos da América.

O abuso dos derivados de Ópio atingiu proporções tão epidêmicas que a Heroína foi reexaminada por pesquisadores especialistas até descobrirem que ela viciava mais do que a própria Morfina. Na "Primeira Convenção Internacional do Ópio" (resultante da Conferência de 1911 e popularmente conhecida como a "Convenção do Ópio", regulamentou-se a produção e a comercialização da Morfina, Heroína e Cocaína - prejudicada em sua execução pela Primeira Grande Guerra, entrando em vigor apenas em 1921) as principais nações mundiais concordaram em restringir a produção e o comércio dos derivados de Ópio. E, em 1914 o Congresso Americano aprovou o "Decreto Herrison de Narcóticos", o qual previa que aquele que estivesse interessado em comercializar entorpecentes, era obrigado a ter um registro no Governo para que pudesse com isso ser fiscalizado pelo Departamento do Tesouro, salvo para a comercialização da cocaína que ainda não era considerada como um narcótico (RIVAS, 2016, p. 1)

Nos Estados Unidos, a substância conhecida como maconha<sup>6</sup> surgiu nas décadas de 20 e 30 do século XX, através dos imigrantes mexicanos.

No ano de 1933, a Emenda Constitucional que proibia a fabricação e venda de bebidas alcoólicas ("Lei Seca") deixou de existir, resultando na eliminação da maior fonte de renda da Máfia e seu fundador conhecido como Charlie "Lucky" Luciano vislumbrou futuras possibilidades nas drogas, em substituição (RIVAS, 2016).

A maconha é conhecida como a primeira droga que chegou ao Brasil, trazida por escravos angolanos que vinham nas caravanas portuguesas que colonizaram o Brasil.

---

<sup>5</sup> O ópio é um suco espesso extraído dos frutos imaturos de várias espécies de papoulas soníferas, utilizado como narcótico. Planta essa que cresce naturalmente na Ásia, sendo originária do Mediterrâneo e Oriente Médio. O ópio tem um cheiro característico, que é desagradável, sabor amargo e cor castanha. É utilizado pela medicina como analgésico (BRASIL ESCOLA, 2018, p. 1).

<sup>6</sup> Cannabis sativa é uma planta herbácea da família das Canabíáceas, amplamente cultivada em muitas partes do mundo.

A planta apareceu no Brasil com escravos africanos, que a usavam em ritos religiosos. O sociólogo Gilberto Freyre anotou isso no clássico *Casa Grande & Senzala*, de 1933: ‘Já fumei macumba, como é conhecida na Bahia. Produz a impressão de quem volta cansado de um baile, mas com a música nos ouvidos’. No Brasil, até 1905, podia-se comprar uma marca de cigarros chamada Índios. Era maconha com tabaco. Na caixa, um aviso curioso: ‘Servem para combater asma, insônia e catarros’ (LOPES, 2016, p. 1)

A história das drogas no Brasil tem a sua primeira aparição associada aos índios, que, conforme relatos, descobriram plantas com substâncias tóxicas e as utilizavam em suas manifestações religiosas, rituais diversos e confraternizações (PORTAL..., 2018).

Noutro giro, a revista *Super Interessante*, traz a origem do crack:

Feita pela mistura da pasta de cocaína com bicarbonato de sódio, leva em segundos a um estado de euforia intenso que não dura mais do que 10 minutos. Assim, quem usa quer sempre repetir a dose. O nome crack vem desse efeito rápido, que surge como estalos para o usuário.

O consumo de crack explodiu no meio dos anos 80, como alternativa barata à cocaína. Mas a droga aparecia também em festas de universitários e até de políticos. Um desses casos ficou famoso. Em janeiro de 1990, o prefeito de Washington, Marion Barry, foi preso numa operação do FBI quando estava num quarto de hotel com uma antiga namorada, cooptada pelos policiais. Assim que ele começou a usar crack, os agentes entraram no lugar e o prenderam. Barry renunciou e ficou detido por 6 meses numa prisão federal (LOPES, 2016, p. 1)

Após essa pequena explanação sobre as algumas das principais drogas na cultura e história, o presente trabalho passará a explorar a lei de proibição das drogas, para por fim abordar o uso e a proibição do uso das mesmas, tema principal da pesquisa.

### **2.3 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro**

A inserção no ordenamento jurídico brasileiro de leis proibicionistas, ocorreu também em outros países da América Latina, com forte influência dos Estados Unidos.

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros (KARAM, 2006, p. 1).

A Lei nº. 11.343 foi publicada no dia 24 de agosto de 2006 e entrou em vigor em 08 de setembro de 2006, revogando duas precursoras (Lei 6.368/76 e Lei 10.409/02).

A Lei 11.343/06 conserva muito do disposto na Lei 6.368/76, criada no governo de Ernesto Geisel, durante a ditadura militar. No entanto, a legislação atual estabelece penas mais gravosas e amplia o campo de punição para produtores, consumidores e distribuidores de drogas. Exemplo disso é o aumento da pena base do art. 33 para 5 anos, enquanto que na Lei 6.368/76 o artigo 12, equivalente ao supracitado, define a pena base para o crime em 3 anos. O grande número de qualificadoras definido na Lei atual também influencia no aumento das penas, considerando que quase sempre a conduta criminosa ali tipificada será acompanhada por uma circunstância qualificadora (SIMÕES, 2014, p. 1).

A Lei de Drogas, instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD).

SISNAD é a atual denominação do Sistema Nacional Antidrogas, que já era previsto no art. 3º da Lei 6.368/76 e regulamentado pelo Decreto 3.696/2000 (ambos já revogados). Esse sistema é composto pelos órgãos e entidades da Administração Pública que exercem as atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, bem como atuam na prevenção do uso indevido de drogas, que causem dependência física ou psíquica, além da atividade de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes. Atualmente, passa a ser designado como Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (NUCCI, 2018, P. 333).

A legislação teve como objetivo trazer ao nosso país uma política concreta e estável sobre a prevenção ao uso de drogas, reprimindo o tráfico de drogas e dando ao mesmo tempo, assistência aos usuários e dependentes.

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:  
I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;  
II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006).

Referida lei apresentou uma responsabilização penal mais rígida ao traficante e retirou qualquer tipo de pena privativa de liberdade ao usuário, ou seja, aquele que tem a posse da droga para uso exclusivamente pessoal.

A composição do SISNAD é regulamentada pelo Decreto nº. 5.912/2006<sup>7</sup>, *in verbis*:

Artº. 2 Integram o SISNAD:

<sup>7</sup> Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências (BRASIL, 2006).

- I - o Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça;
- II - a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado;
- III - o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º:
  - a) do Poder Executivo federal;
  - b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e
- IV - as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos (BRASIL, 2006).

Salienta-se que o inciso III do referido artigo se refere ao conjunto de órgãos e entidades públicas que exerçam atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, assim como de repressão ao tráfico de drogas, nos âmbitos do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal (art. 1º do Decreto nº. 5.912 de 2006).

O artigo 1º do Decreto frisa sobre o tratamento diferenciado ao usuário de drogas e a ineficácia de uma eventual pena privativa de liberdade ao mesmo, trazendo a premissa de que é o problema de saúde pública e não de polícia.

O artigo 2º da Lei nº. 11.343/06 estabelece a proibição do plantio, cultura, colheita e exploração de substâncias nas quais podem ser extraídas drogas.

Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso (BRASIL, 2006).

Saliente-se que o artigo ressalva duas hipóteses de acordo com o estabelecido na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, promulgada em 1977, a respeito de plantas de uso estritamente religioso.

Artigo 32.4: O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do artigo 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional (BRASIL, 1977).

Saliente-se que em qualquer uso, é necessário a autorização legal ou regulamentar, conforme exemplo abaixo:

De acordo com o aludido dispositivo, desde que tenha havido reservas quando da assinatura, ratificação ou adesão pelo Brasil, será possível o emprego de plantas que contenham substâncias psicotrópicas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, como a seita Santo Daime, que utiliza em seus rituais a erva chacrona e o cipó mariri. O Conad decidiu liberar o emprego, para fins religiosos, da ayahuasca, que é um chá empregado pela seita Santo Daime, que possui propriedades alucinógenas (Resolução nº 04, de 04.11.2004) (SILVA, 2016, p. 18)

Em relação ao uso medicinal ou científico, a proibição prevalece.

São ressalvas lógicas. Primeiro porque muitos desses vegetais e substratos podem ser empregados para a fabricação ou produção de remédios ou outras substâncias úteis para a sociedade ou para o Estado. Assim, mediante autorização legal ou regulamentar, e sempre com acirrado controle, podem ser plantadas, colhidas e exploradas (SILVA, 2016, p. 18).

Os demais artigos iniciais da Lei de Drogas tratam dos princípios e objetivos do SISNAD, o que será explanado nos próximos tópicos.

## **2.4 Princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas**

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2000, p. 68)

Os princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, estão previstos no artigo 4º da Lei 11.343/06 e o estudo dos mesmos são indispensáveis para compreensão da política de drogas:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad (BRASIL, 2006).

#### 2.4.1 O respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade

Os princípios da liberdade e da autonomia estão ligados à democracia, uma vez que o Estado ao mesmo tempo que acata a liberdade individual, prevê reprimendas visando a saúde pública.

Juridicamente a consideração da dignidade da pessoa humana se coloca como patamar ético das decisões, converte-se no limite da autonomia moral e no limite material da ação jurídica que legitima o Estado como Democrático e de Direito e sustenta-se na lógica de proteção dos indivíduos reais, sem exceção, embora nas situações reais da vida exija necessárias adequações multiculturais, no momento de sua aplicação concreta. Para tanto, impõe prerrogativas garantidas por um grupo de direitos, direitos fundamentais, os quais dão a tônica dos Estados constitucionais. Assim, a prevalência, o respeito e a realização concreta dos direitos fundamentais são imprescindíveis à vida com dignidade, à democracia, ao Estado Democrático de Direito (BRITO, KICHEL, 2014, p. 2-3)

Ainda sobre o mesmo princípio, complementa a doutrina:

Nenhuma norma penal será legítima se intervier nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto), haverá intervenção penal legítima (CARVALHO, 1996 *apud* BIANCHINI, 2006, p. 30).

A respeito aos direitos fundamentais o legislador tolera o máximo da liberdade individual, equilibrando punições quando as condutas superam esse patamar, considerando a gravidade das condutas.

#### 2.4.2 O respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes

O respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes é derivado do inciso anterior, saindo da individualidade e dando preferência a coletividade.

Logo, em se tratando de política pública sobre drogas, esse princípio é de suma importância, pois a atuação preventiva e repressiva contra o uso e o tráfico deve levar em consideração as especificidades populacionais, vez que as diferenças existentes entre as pessoas são relevantes no momento da escolha e da adoção da medida mais adequada pelo SISNAD, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana (NASCIMENTO, PRATA, SILVA et. al., 2013, p. 48-49).

Importante observar que o Direito Penal como toda a legislação, deve levar em consideração o máximo de concepções de justiça, avaliando os valores éticos e o grau de reprovação da maioria, objetivando sempre um consenso na sociedade.

#### 2.4.3 A promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados.

Através do reconhecimento dos valores éticos, culturais e de cidadania como fatores de proteção, haverá um significativo avanço na prevenção das drogas, pois estarão totalmente voltados a um contexto familiar, social e econômico, além de estarem interligados à saúde física, emocional e psicológica.

A autora Alice Bianchini frisa:

Ao lado do reconhecimento dos fatores de risco que levam o indivíduo ao uso e, em alguns casos, ao abuso de drogas, há que se ressaltar a importância dos fatores de proteção, os quais, se bem identificados e se houver investimento para que eles se viabilizem, podem representar ganhos significativos de prevenção (BIANCHINI, 2006, p. 31-32).

Esse princípio reforça a ética e a cultura, pois as pessoas que se preocupam com os valores éticos e morais estão menos predispostos a se envolverem com substâncias ilícitas, uma vez que já possuem conceitos formados sobre o assunto.

2.4.4 A promoção de consensos nacionais, de participação social para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad.

Alice Bianchini, uma das poucas autoras que pormenoriza cada um dos princípios, traz em sua obra uma tabela relacionando os fatores sociais de proteção e de risco:

**Tabela 01 - Fatores Sociais**

<b>Fatores sociais</b>	
<b>De proteção</b>	<b>De risco</b>
Respeito às leis sociais	Violência
Credibilidade da mídia	Desvalorização das autoridades sociais
Oportunidade de trabalho e lazer	Descrença das instituições
Clima comunitário afetivo	Falta de recursos para prevenção e atendimento
Consciência comunitária e mobilização social	Falta de oportunidade de trabalho e lazer

Fonte: ALBERTANI; SCIVOLETTO; ZEMEL, 2004 *apud* BIANCHINI, 2006, p. 33

Segundo Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues:

Considerando a complexidade dos aspectos políticos, éticos, filosóficos, culturais, econômicos, entre tantos outros, pode ser salientado que existem dificuldades na admissão de transparentes consensos nacionais. O chamado consenso nos tempos contemporâneos termina por ser instrumento de imposição de pensamentos hegemônicos. Apesar disso, a perspectiva de se exigir ampla participação social, consoante aos mecanismos que forem criados pode ser uma boa saída para a efetividade de estratégias e fundamentos que possam contribuir de maneira relevante nas relações sociais, evitando-se idealismos estereis na consecução da atuação do Sisnad ( BIZZOTTO, RODRIGUES, 2006, p. 16)

A participação da sociedade é uma iniciativa de caráter democrático e tem muita relevância ao se deparar com os objetivos do SISNAD, pois é fundamental para sua melhoria e fortalecimento.



#### 2.4.5 A promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad

É preciso que se tenha uma verdadeira parceria entre o Estado e a sociedade para que os objetivos da Lei de Drogas possam ser alcançados.

O SISNAD orienta-se pelo princípio básico da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, seguindo como estratégia a cooperação mútua e a articulação de esforços entre Governo, iniciativa privada e cidadãos (POLÍTICA..., 2003).

O princípio visa à ampliação da consciência social para com a gravidade do problema representado pela droga, objetivando comprometimento entre as instituições e os cidadãos, a fim de desenvolver com afinco as atividades antidrogas no País.

#### 2.4.6 O reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito

A identificação de todas as circunstâncias que envolvem o uso, a dependência e o tráfico de substâncias ilícitas são necessárias para o estudo e conseqüentemente para a prevenção e repressão.

Observe-se que, essas situações por muitas vezes são interdependentes e uma abordagem interdisciplinar é significativa.

O uso de drogas não é um problema específico de saúde, mas sim muito mais abrangente. A dependência, por vezes é desencadeada pela cultura, meio social e familiar.

Deste modo, a intersetorialidade é responsável por fazer uma associação de todas as dimensões, para identificar e individualizar o indivíduo de forma peculiar.

#### 2.4.7 A integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito

Conforme já abordado na evolução das drogas na história, os problemas envolvendo as drogas são globais, portando exigem uma união de toda a sociedade, nacional e internacional juntamente com o Estado.

Sobre a reinserção social de usuários e dependentes, segue a doutrina:

Reintegrar é ressocializar o ex-usuário ou dependente químico na sociedade a fim de que estes sintam-se pertencentes a um grupo, sentindo-se ainda útil e produtivo quanto ao desempenho da cidadania. Portanto, cabe a população conscientizar-se e não tratar o ex dependente de substâncias ilícitas com discriminação, excluindo este do meio social, pois a exclusão não é uma forma de ajuda muito menos de colaboração para seu tratamento. Assim, a reintegração é um processo gradativo, planejado, elaborado e orientado que requer que todos, tanto os familiares como os que compõem a sociedade façam parte (YANDRA, 2018, p. 1)

Ressalte-se que o equilíbrio entre as relações internas e externas será responsável por resultados efetivos.

#### 2.4.8 A articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad

O princípio previsto no inciso VIII é auto-explicativo, pois o dispositivo menciona explicitamente a grande importância da união entre o Ministério Público e os Poderes Legislativo e Judiciário, a fim de promover as garantias e atingir as finalidades da Lei de Drogas (BIANCHINI, 2006).

#### 2.4.9 A adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas

Diante todo o exposto acima, nota-se que o tema drogas é transdisciplinar, ou seja, por envolver ao mesmo tempo vários fatores como a cultura, os meios social e familiar, exige pesquisas nas mais diversas áreas, sejam elas medicinais, psiquiátricas, antropológicas, psicológicas, entre outras.

O legislador consentaneamente com as práticas atuais, chama a atenção para a necessidade de uma abordagem multidisciplinar para todos os ângulos que o problema referente às drogas apresenta: prevenção (do uso), atenção e reinserção social (para os usuários ou dependentes) e repressão (para a produção não autorizada e para o tráfico ilícito) (BIANCHINI, 2006, p. 36)

Como se vê, tanto a prevenção quanto a repressão tem como finalidade diminuir o consumo, a produção e a comercialização do porte de drogas.

2.4.10 A observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social e a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad

Conforme demonstrados nos princípios acima, o equilíbrio interno e externo, a participação da sociedade e do Estado em prol da prevenção, repressão e reinserção dos usuários são essenciais ao bem estar social e a observância das regras elencadas pelo Conselho Nacional Antidrogas<sup>8</sup> fazem parte da efetivação de todos os princípios.

## 2.5 Objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

Os quatro principais objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas se encontram no artigo 5º da Lei 11.343/2006. São quatro:

Art. 5º. O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei (BRASIL, 2006).

O primeiro objetivo traz medidas de inclusão social.

Conforme quadro abaixo, a doutrina traz fatores de proteção e de risco, ou seja, nas chamadas zonas de risco, a vulnerabilidade se apresenta de forma maior.

**Tabela 02 – Fatores do próprio indivíduo**

(continua)

<b>Fatores do próprio indivíduo</b>	
<b>De proteção</b>	<b>De risco</b>

<sup>8</sup> Criado pela Lei 10.683/2003, regulamentado pelo Decreto 3.696/2000 e alterado pelo Decreto 4.513/2002. É um órgão normativo e integra a estrutura básica do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

(conclusão)

<b>Fatores do próprio indivíduo</b>	
<b>De proteção</b>	<b>De risco</b>
Habilidades sociais	Insegurança
Cooperação	Insatisfação com a vida
Habilidades para resolver problemas	Sintomas depressivos
Vínculos positivos com pessoas, instituição e valores	Curiosidade
Autonomia	Busca de prazer
Auto-estima desenvolvida	

Fonte: ALBERTANI; SCIVOLETTO; ZEMEL, 2004 *apud* BIANCHINI, 2006, p. 39

Já no próximo quadro, os fatores de proteção e de risco no âmbito escolar:

**Tabela 03 – Fatores escolares**

<b>Fatores escolares</b>	
<b>De proteção</b>	<b>De risco</b>
Bom desempenho escolar	Baixo desempenho escolar
Boa inserção e adaptação no ambiente escolar	Falta de regras claras
Ligações fortes com a escola	Baixas expectativas em relação às crianças
Oportunidades de participação e decisão	Exclusão social
Vínculos afetivos com professores e colegas	Falta de vínculos com as pessoas ou com a aprendizagem
Realização pessoal	
Possibilidades de desafios e expansão da mente	
Descoberta de possibilidades (e “talentos”) pessoais	
Prazer em aprender	
Descoberta e construção de projeto de vida	

Fonte: ALBERTANI; SCIVOLETTO; ZEMEL, 2004 *apud* BIANCHINI, 2006, p. 40

Conforme os dados demonstrados, percebe-se que o conhecimento pessoal e dos fatos que possam eventualmente levar as pessoas ao uso das drogas é indispensável.

Segundo as tabelas acima, conclui-se que o conhecimento das situações sociais, pessoais e escolares poderão diminuir os efeitos negativos.

O segundo objetivo, exposto no inciso II, atualmente é realizado com constância, uma vez que a construção e socialização do conhecimento sobre drogas no País é divulgada através da mídia, redes sociais, palestras, escolas e na própria família.

O dois últimos objetivos, quais sejam a integração entre as políticas de prevenção e de repressão e as condições para que se possa atingir as finalidades do SISNAD também são objetivos destacados da Lei de Drogas.

E ao Sisnad cabe coordenar, integrar e articular as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social daquele que é dependente ou usuário de drogas, bem como a repressão da produção ilegal e ao tráfico de drogas. Sem essa organização no nível dos três Poderes e de todos os entes da Federação, a inglória luta contra o narcotráfico e suas consequências para a sociedade não será viável (SILVA, 2016, p. 24).

Os objetivos do Sisnad são abrangentes e buscam encontrar um balanceamento entre o combate do tráfico de drogas e a criação e manutenção de programas retornados a educação e prevenção, trabalhando sempre a reinserção social.

### 3 PORTE DE DROGAS PARA O USO PESSOAL

Uma das grandes inovações da Lei 11.343/2006 foi fazer com que o usuário de drogas não possa ser punido com a privação de sua liberdade, estando sujeito somente a penas restritivas de direitos.

A Lei 6.368/76, em seu artigo 16, previa uma pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e ao pagamento pecuniário de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, *in verbis*:

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 (BRASIL, 1976).

A Lei de Drogas vigente, substituindo a repressão anterior, afastou qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade, determinando penas restritivas de direito e medidas educativas aos usuários e dependentes.

Primeiramente, importante destacar o artigo 27, primeiro artigo do Capítulo III - Dos crimes e das Penas - do Título III - Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas: “Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor” (BRASIL, 2006).

O grande diferencial dos delitos descritos neste capítulo, ao se fazer uma comparação com os demais previstos na legislação penal, é que não há pena privativa de liberdade, sendo vedada inclusive qualquer forma de prisão, seja ela provisória ou definitiva.

Sobre o dispositivo, a doutrina:

As penas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor (art. 27). A norma exige o contraditório, ou seja, a oitiva das partes. Isso ocorrerá em sede de execução, quando o Juiz vislumbra ser necessária a substituição de uma pena por outra, quando a aplicada não estiver surtindo o efeito desejado, ou quando, por algum motivo justificado, o condenado alegar não poder cumpri-la. Obviamente, a oitiva das partes não ocorrerá por ocasião da aplicação da sanção em caso de condenação, que é de competência do Juiz da instrução, que, aliás, já propiciou a manifestação das partes em debate ou alegações finais (memoriais) antes de proferir a sentença (SILVA, 2016, p. 41).

O Código Penal prevê a possibilidade de três espécies de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

Dessa forma, ao impor penas restritivas de direitos, também há imposição de uma sanção penal.

A seguir o artigo relacionado ao uso de drogas para consumo pessoal:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

Sobre a ideia principal do dispositivo, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos (LIMA, 2014, p. 687-688)

O legislador considerou referido artigo como o maior avanço presente na legislação de drogas, uma vez que não considera o usuário como um criminoso e sim como um dependente de um produto tóxico.

### 3.1 Análise do núcleo do tipo

O dispositivo capitulado no art. 28 da Lei de Drogas traz tipicamente as condutas: “*adquirir* (comprar, obter mediante certo preço), *guardar* (tomar conta de algo, proteger), *ter em depósito* (manter em reservatório ou armazém), *transportar* (levar de um lugar a outro) ou *trazer consigo* (transportar junto ao corpo)” (NUCCI, 2014, p. 902).

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima também dispõe sobre as condutas típicas:

São 5 (cinco) as condutas típicas do art. 28, a saber: a) *adquirir*: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, à prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado; b) *guardar*: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente; c) *trazer consigo*: transportar junto ao corpo (v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior. Trata-se de crime permanente; d) *ter em depósito*: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público, pouco importando o local de armazenamento da droga. Cuida-se de crime permanente; e) *transportar*: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade “trazer consigo”. Portanto, se um indivíduo levar a droga para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo “transportar”, ao passo que, na hipótese de apreensão da droga junto ao próprio corpo, o correto enquadramento típico deve ser feito no “trazer consigo”. Também se trata de crime permanente (LIMA, 2014, p. 694).

Observe-se que as condutas de guardar, ter em depósito e trazer consigo são permanentes, pois o bem jurídico é afetado em todos os momentos.

Essa ressalva é de grande relevância na recaptura do agente, entretanto, importante frisar que em hipótese nenhuma haverá auto de prisão em flagrante ou uma eventual detenção.

Difere este crime do tráfico de droga, justamente em face da finalidade específica do agente, que é o consumo pessoal, elemento subjetivo especial do tipo.

Segundo Nucci, não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo:

Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta Lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade. O máximo a que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência a curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar,



multa. Nem contravenção penal recebeu tratamento tão benigno do legislador (NUCCI, 2014, p. 903).

Lado contrário, sustenta Rodrigo Júlio Capobianco:

O crime de porte para uso de drogas é considerado de menor potencial ofensivo, pois assim se enquadra a infração a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, conforme dispõe o art. 61 da Lei 9.099/1995. Por conseguinte, se nem há pena de prisão, com mais razão a figura do art. 28 é considerada crime de menor potencial ofensivo (CAPOBIANCO, 2014, p. 204).

Importante ressaltar, que quando praticado mais de uma conduta, a situação poderá ser levada em conta pelo magistrado na fixação da pena.

Outro ponto importante é que o porte de drogas para o consumo pessoal é uma conduta dolosa, ou seja, não se admite a forma culposa, uma vez que é necessário ter conhecimento do indivíduo em posse da substância ilícita e que pretende fazer uso da mesma.

O dolo, em direito penal, compreende na deliberação de violar a lei, por ação ou omissão, no caso específico significa compreender que a substância é entorpecente e ter ciência da criminalidade.

### **3.2 Sujeitos do crime**

O crime em comento pode ser praticado por qualquer pessoa.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade. Não se pune o porte da droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade (NUCCI, 2018, p. 347).

Como explica a doutrina, se trata de um crime de perigo abstrato contra a saúde pública, onde o sujeito passivo é a própria coletividade.

A punição advém da potencialidade lesiva que poderá causar à sociedade. A preocupação do legislador não é a saúde individual do usuário “porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade” (LIMA, 2014, p. 693).

### 3.3 Bem jurídico tutelado

Reforçando o tópico anterior, o disposto no artigo 28 trata-se de um crime contra a saúde pública.

Em termos genéricos, o bem jurídico "saúde pública" tem base constitucional expressa prevista no art. 196 e seguintes da Carta Magna, em que se reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Cuida-se de crime de perigo abstrato, e não de dano. Segue a diferença:

Crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, é indispensável que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio. De seu turno, crimes de perigo são aqueles em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. Na verdade, quando o legislador cria um crime de perigo, seu objetivo é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido. Por isso, os crimes de perigo são, em regra, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano (LIMA, 2014, p. 690).

Para uma melhor compreensão, é importante mencionar a subdivisão do crime de perigo:

[...] a) crimes de perigo abstrato: nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar (v.g., porte ilegal de arma de fogo);

b) crimes de perigo concreto: a situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente faz parte do tipo penal, daí por que deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de atipicidade da conduta. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano"), cujo juízo de tipicidade demanda a comprovação, no caso concreto, que a condução de veículo auto- motor pelo agente trouxe risco à vida ou à saúde de outrem (v.g., motorista em zigue-zague, na contramão, em alta velocidade, etc.). O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao delito previsto no art. 310 do CTB: não basta a simples entrega do veículo a pessoa não habilitada para a caracterização do crime, fazendo-se necessária a demonstração de perigo concreto de dano decorrente de tal conduta (LIMA, 2014, p. 690).

O uso de drogas é um crime de perigo abstrato<sup>9</sup> e não danoso, pois não atinge bens jurídicos tutelados.

### 3.4 Elementos normativos

A expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” está vinculada à ilicitude, e uma vez inserida no tipo incriminador torna-se elemento deste, e se eventualmente não for preenchido, torna o fato atípico.

Portanto, adquirir, guardar, ter em depósito (etc.) drogas, para consumo pessoal, devidamente autorizado, é fato atípico. Pensamos que essa situação é excepcional, sob pena de se gerar contradição patente. Não é viável, por ora, autorizar alguém a manter cocaína em casa, para uso próprio (NUCCI, 2014, p. 904-905).

Renato Brasileiro Lima explica com mais detalhes:

O porte de drogas para consumo pessoal somente será considerado típico se o agente adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, como a exploração de drogas é permitida no Brasil em situações excepcionais (v.g., dentistas, médicos, hospitais), tal como deixam entrever os arts. 2º e 31 da Lei de Drogas, a tipificação do crime demanda a prática de qualquer um dos núcleos verbais sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (LIMA, 2014, p. 700).

Por fim, a fim de exemplificação, será atípico o fato de um doente manter a substância determinada “morfina”, para consumo pessoal, para amenizar a dor provocada por alguma doença.

### 3.5 Objetos

O objeto material é a droga e o objeto jurídico é a saúde pública. Importante os dizeres do professor Regis Prado:

São excluídas as condutas de preparar, prescrever, ministrar e entregar a consumo, porque inaplicáveis, já que o objeto material das condutas, aqui, não é a droga propriamente dita, mas sua matéria-prima (substância básica, essência originária da coisa), o insumo (elemento integrante, componente, parte do processo de produção) ou produto químico destinado à preparação de drogas (qualquer substância química,

<sup>9</sup> Parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado (LIMA, 2014).

desde que, objetiva e subjetivamente orientada no sentido da produção, destilação ou fabricação de droga) (PRADO, 2018, p. 25).

Sobre o objeto jurídico, explica Capez:

A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28”. (CAPEZ, 2008, p. 755)

Partindo desse pressuposto, percebe-se que o objeto jurídico do art. 28 da lei 11.343/06 é a saúde pública, e não o usuário.

### 3.6 Classificação

O porte de drogas para consumo próprio é classificado em:

- a) comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa;
- b) formal, pois não exige resultado naturalístico para sua consumação;
- c) de forma livre;
- d) comissivo, indicando ação;
- e) instantâneo pois a consumação se dá no momento determinado;
- f) na forma adquirir, nas modalidades guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo;
- g) perigo abstrato conforme já explanado anteriormente;
- h) unissubjetivo, pois pode ser cometido por apenas uma pessoa;
- i) plurissubsistente, pois pode ser cometido por meio de vários atos; e
- j) tentativa (difícil comprovação) (NUCCI, 2014).

Sobre o modo tentado, é admissível quando, iniciado o ato executório da aquisição, este vem a ser interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente (CAPEZ, 2012).

De modo contrário, segue outra corrente de um professor de ensino superior:

Não há possibilidade de tentativa (nessa conduta do art. 28), segundo entendimento majoritário da doutrina. Em tese, caberia a tentativa de adquirir. (prestar atenção na questão da prova, pois se estiver descrito de acordo com a doutrina, aí não se admite).

É crime de forma livre ou conteúdo variado, sendo várias ações na mesma norma penal (VAZ, 2015, p. 1)

Tal corrente doutrinária defende que o tipo penal exige a prática de pelo menos um dos delitos para a consumação.

## **4 IDENTIFICAÇÃO DO INDIVÍDUO USUÁRIO DE DROGAS**

### **4.1 Elementos utilizados pela autoridade policial e Ministério Público**

O artigo 52 da Lei de Drogas prevê:

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 2006).

Conforme dispositivo acima, na apresentação do relatório do inquérito, deverá a autoridade policial justificar as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (LIMA, 2014).

Cabe também, ao representante do Ministério Público valorar sobre a conduta supostamente delituosa, diferenciando principalmente o porte de drogas para consumo próprio do tráfico de drogas.

### **4.2 Elementos utilizados pela autoridade judiciária**

Na hipótese do porte de drogas, após a lavratura do termo circunstanciado, caberá ao magistrado adequar à subsunção feita pelo Delegado de Polícia ou promotor, ou seja, a autoridade judicial não fica vinculada apenas na transcrição do termo.

Renato Brasileiro Lima, em sua doutrina, traz dois sistemas previstos no ordenamento jurídico para distinção entre o usuário e o traficante:

a) sistema da quantificação legal: nesse caso, é fixado um quantum diário para o consumo pessoal. Logo, se a quantidade de droga apreendida com o agente não ultrapassar esse limite diário, não há falar em tráfico de drogas, pois estará caracterizado objetivamente o crime de porte de drogas para consumo pessoal;

b) sistema da quantificação judicial: ao contrário do sistema anterior, incumbe ao juiz analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e decidir se se trata de porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas (LIMA, 2014, p. 696).

Segundo o autor, no que pese algumas críticas doutrinárias, o legislador adotou o segundo sistema, qual seja o da quantificação judicial.

De acordo com esse sistema, o magistrado é competente por avaliar se a substância encontrada sob poder do agente era para tráfico ou consumo pessoal.

O próprio artigo 28, em seu parágrafo segundo prevê que o juiz se atentará a natureza e à quantidade apreendida, observando as condições, circunstâncias, conduta e antecedentes.

#### 4.2.1 Natureza e quantidade apreendida

A natureza e quantidade apreendida se trata de um critério relativo e não deve ser usado como fator exclusivo em uma decisão. Nesse sentido, importante observação da doutrina:

[...] para descaracterizar o tráfico de drogas, é muito comum que traficantes tenham à disposição pequena quantidade de drogas. No entanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, na hipótese em que houver a apreensão de 100 (cem) pedras de crack, a conclusão inevitável é a de que se trata de tráfico de drogas. Ora, atento à realidade em que vive e observando aquilo que as regras de experiência demonstram que normalmente acontece, o intérprete deverá concluir que tal quantidade jamais poderia ser consumida por um único indivíduo (LIMA, 2014, p. 697).

Saliente-se que o dispositivo não especifica a quantidade de entorpecente, porém a expressão “para consumo pessoal” sugere uma pequena quantidade de drogas.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DECLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE DROGAS - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE CERTEZA QUANTO À CONDIÇÃO DE TRAFICANTE DO RÉU - CORRUPÇÃO ATIVA - DÚVIDA QUANTO AO OFERECIMENTO DA VANTAGEM - DIVERGÊNCIA NA PALAVRA DOS POLICIAIS - RECURSO DESPROVIDO.

- Se há nos autos comprovação de que o réu, usuário de drogas confesso, mantinha em depósito **pequena quantidade** de "maconha" para consumo pessoal, sua absolvição não é possível, devendo a infração ser desclassificada para a prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

- Os depoimentos prestados pelos policiais são tão válidos como os de qualquer outra testemunha. Todavia, havendo divergência entre as versões apresentadas pelos policiais acerca do oferecimento de vantagem patrimonial é de se absolver o acusado da imputação do art. 333 do Código Penal (MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0114.15.000371-2/001 - Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2018, grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES **PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS**. IDEAL DE COMERCIALIZAÇÃO NÃO DEMONSTRADO. CONDIÇÃO DE USUÁRIO DEVIDAMENTE COMPROVADA. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO VIABILIZADA**. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. Se a prova produzida nos autos cinge-se a declarações prestadas por milicianos, nas quais revela o recebimento de denúncias anônimas dando conta da prática de traficância pelo réu, não se fazendo ressonante em contexto probatório a comercialização de drogas a este imputada em denúncia, há de se empreender a desclassificação para o delito de uso compendiado no art. 28 da Lei 11.343/06 (MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0363.17.003968-1/001 - Des.(a) Matheus Chaves Jardim, 2018, grifo nosso).

Em ambas as ementas acima, os desembargadores se utilizaram da pequena quantidade apreendida para reconhecer o uso de drogas para consumo próprio, diferenciando assim do tráfico de drogas.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Estando a materialidade demonstrada com a apreensão da droga e não se negando a autoria do fato, a quantidade do entorpecente, mais de quatro quilos, a que se somam os dados acidentais e os contornos acessórios do fato, podem justificar o Juízo condenatório quando firmada a evidência de não corresponder a ação do agente, por qualquer argumento, ao uso de entorpecente. Assim, penso que o princípio in dubio pro reo aplicado pelo Tribunal a quo violou aquilo que se conhece por razoável, na medida em que, na espécie, não se cogita do imponderável sobre a existência do fato e da autoria, mas, ao contrário, se denota, de forma efetiva, que a conduta restou voltada para a traficância. Ademais, enquadrando-se a conduta no núcleo "importar", é de se pressupor que a ação delituosa tenha se perfectibilizada com a simples entrada do entorpecente no território nacional (BRASIL, 2009 *apud* LIMA, 2014, p. 697).

Diante o exposto, é necessário para a configuração do crime do artigo 28 da Lei de drogas, que a quantidade apreendida seja pequena.

#### 4.2.2 Local e condições da ação

Juntamente com os demais critérios, o local e as condições da ação também poderão ser utilizados para uma decisão. Por exemplo:



[...] se o agente for surpreendido em determinada localidade conhecida como ponto de distribuição de drogas, trazendo consigo a substância entorpecente acondicionada em pequenas embalagens para venda, sendo com ele apreendido grande numerário em dinheiro, provavelmente recebido dos usuários, demonstrando-se, ademais, uma constante movimentação de pessoas para o consumo e aquisição de drogas, há de se concluir que se trata de tráfico de drogas (LIMA, 2014, p. 698).

A título exemplificativo segue a jurisprudência mineira:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 33, "CAPUT" DA LEI 11.343/2006 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - CARÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO DECISÃO COMBATIDA - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - NEGATIVA DE AUTORIA - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.44 DA LD - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, ART. 312, CPP, QUANTO A NECESSIDADE DA PRISÃO DO PACIENTE - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA - ORDEM DENEGADA. Segundo narrado nos autos, após denúncias anônimas, o paciente foi surpreendido pelos policiais militares em local onde os proprietários de droga encontravam-se homiziados, sendo localizado em seu interior o paciente e menores infratores; destacou-se no APFD que o local da prisão em flagrante é conhecido como ponto de preparação, distribuição e venda de entorpecentes, sendo que, segundo narrado, o paciente seria o dono do ponto, coordenando as atividades ilícitas naquele local. Foram apreendidos na ocasião 30 tabletes de maconha, 02 telefones celulares, 71 buchas de maconha, além de 29 papéletes de cocaína e 42 pedras de crack. Inexiste constrangimento ilegal quando as circunstâncias fáticas relacionadas ao crime demonstram a gravidade da conduta e a periculosidade dos agentes, motivos suficientes para justificar a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sobretudo quando se trata de crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo (MINAS GERAIS, HC 1.0000.15.049869-9/000 - Des.(a) Walter Luiz 2015).

Observa-se que a decisão acima foi fundamentada na quantidade de drogas conjuntamente com o local e as condições da ação.

#### 4.2.3 Circunstâncias sociais e pessoais

O intuito desse critério, totalmente relativo, é levar em consideração a condição financeira do agente relacionando-a à quantidade de droga.

Nucci faz uma crítica em relação ao critério econômico:

A inovação ficou por conta da introdução da seguinte expressão: “circunstâncias sociais e pessoais” do agente. Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Exemplo: se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha seria usuário, porque pode pagar pela droga. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. A discriminação deve ser evitada (NUCCI, 2014, p. 927).

Renato Brasileiro Lima exemplifica:

A propósito, há alguns anos, um conhecido ator de televisão foi flagrado comprando uma quantidade razoável de drogas. À primeira vista, poder-se-ia pensar em tráfico de drogas, face a quantidade de substância entorpecente apreendida. No entanto, restou comprovado que o agente teria comprado uma quantidade elevada porquanto tinha receio de ser flagrado pela polícia (ou pela mídia) caso tivesse que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas para aquisição da substância destinada ao seu consumo pessoal (LIMA, 2014, p. 698).

Ressalve-se que a simples consideração de um usuário como dependente, não é um motivo plausível para a descaracterização do tráfico, portanto, é necessário verificar todos os quesitos conjuntamente.

#### 4.2.4 Conduta e antecedentes do agente

Grande parte da doutrina é contrária a utilização dos antecedentes do agente na identificação do consumo pessoal ou do tráfico de drogas.

Nessa linha, Samuel Miranda Arruda sustenta que uma análise objetiva do fato delituoso seria colocada em segundo plano para se dar preponderância à apreciação subjetiva do agente, criando-se verdadeira presunção de culpabilidade em detrimento de agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes, o que, à evidência, viria de encontro ao princípio da presunção de inocência (ARRUDA, 2007 *apud* LIMA, 2014, p. 698).

Por outro lado, alguns autores sustentam que o critério dos antecedentes pode ser usado, desde que não de forma isolada.

Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior condenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei (antigo art. 12 da Lei 6.368/76). Por outro lado, o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário (art. 28 desta Lei; antigo art. 16 da Lei 6.368/76) (NUCCI, 2014, p. 927-928)

Diante todo o exposto, importante frisar mais uma vez que, todos os critérios são subjetivos e devem ser utilizados em conjunto, ressaltando que não há predomínio entre eles, sempre havendo necessidade de análise no caso concreto.

Noutro giro, importante mencionar que da mesma forma que a doutrina majoritária não considera a utilização dos antecedentes do agente na identificação do consumo pessoal, decisão recente do Superior Tribunal de Justiça considera desproporcional a caracterização da reincidência por condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas:

DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. 5. Recurso improvido (BRASIL, Recurso Especial Nº 1.672.654 - SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2018).

Na decisão acima, a relatora sustenta que a condenação por porte de drogas não pode ser causa geradora de reincidência, uma vez que, além de existir vários questionamentos sobre o controle do consumo das drogas, considerar um réu reincidente por causa de um crime cuja pena sequer é a prisão, viola o princípio constitucional da proporcionalidade.

### **4.3 Princípio da insignificância**

Atualmente, a tipicidade não é estudada apenas no ponto de vista formal, mas sim no ponto de vista conglobante, ou seja, é necessário verificar se a conduta é antinormativa e se o fato é materialmente típico, adentrando neste último, o estudo do princípio da insignificância.

Para além da adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal - tipicidade formal -, só se pode admitir a intervenção do Direito Penal quando for totalmente necessária à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos tutelados, e apenas naqueles casos em que os valores se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade - tipicidade material (LIMA, 2014).

No mesmo sentido, explica Nucci sobre a pertinência do princípio em relação ao uso de drogas para consumo pessoal:

Portanto, ainda que diminua a quantidade da droga, haveria, ao menos, uma advertência, evitando, no futuro, males maiores. Entretanto, o princípio da intervenção mínima não estaria sendo, fielmente, aplicado. Em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínima que seja, se o bem jurídico tutelado não for realmente lesado. A quantidade ínfima de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração prevista no art. 28. Logo, alteramos a nossa anterior posição e passamos a admitir o princípio da insignificância para o portador de ínfima quantidade de droga (NUCCI, 2014, p. 909).

Considerando a natureza subsidiária do Direito Penal, o operador do direito não deve se preocupar em bagatelas.

Daí a importância do princípio da insignificância, que funciona como causa excludente da tipicidade material, quando presentes os seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (LIMA, 2014, p. 691)

Os Tribunais Superiores admitem a aplicação do princípio da insignificância em diversos crimes, entretanto em relação ao artigo 28 da Lei de Drogas há uma certa resistência, conforme demonstrado a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO - MANUTENÇÃO. Verificada a correta análise do juízo sentenciante quando do exame da circunstância judicial das consequências do delito, não há que se falar em reestruturação das penas. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 -REJEIÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - ISENÇÃO DE CUSTAS - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - JUÍZO DA EXECUÇÃO - Não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, vez que os bens jurídicos tutelados são a saúde e a segurança coletivas. - O princípio da insignificância não se aplica ao delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública e, tratando-se de delito de perigo abstrato, afigura-se irrelevante a quantidade de droga apreendida. Precedentes dos STJ (MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0003.17.003899-0/001 - Des.(a) Edison Feital Leite, 2018).

Os tribunais entendem que o porte de drogas para consumo pessoal, não afasta a tipicidade da conduta já que se trata de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, e desta forma, dificilmente o agente será surpreendido com grande quantidade de droga.

Ressalte-se que alguns Tribunais Superiores têm posicionamento diverso:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.**3. Ordem concedida (SANTA CATARINA, 2012 *apud* MATOS, 2017, p. 1, grifo do autor)

Conforme demonstrado acima, o princípio da insignificância ganha cada vez mais espaço no campo do Direito Penal, e desta forma a situação tende a abandonar um sistema meramente legalista.

#### 4.4 Princípio *in dubio pro reo*

Para a propositura de uma ação penal basta a existência de um conjunto probatório mínimo, porém para um decreto condenatório é necessário um conjunto probatório máximo, formado por evidências robustas da autoria e materialidade do delito.

A propósito, o art. 155 do Código Processo Penal preceitua que a prova suficiente ao desate condenatório deve ser necessariamente judicializada.

Confira-se o teor do dispositivo em questão:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941)

Na mesma linha, o ilustre Professor Paulo Rangel:

[...] estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar

um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia" (RANGEL, 2003, p. 35)

Nas lições do renomado mestre Tourinho Filho: “no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se quiser assistir ao triunfo da liberdade” (TOURINHO FILHO, 2005, p. 73).

Nesse diapasão, a jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE (PELO MINISTÉRIO PÚBLICO): ADITAMENTO À DENÚNCIA - REJEIÇÃO - AUSÊNCIA DE FATO NOVO - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO - PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL.

1. Nenhuma nulidade há de ser declarada sobre ato, cuja prática não resultar em efetivo prejuízo às Partes.

2. O relato dos Policiais Militares, à luz do Contraditório e da Ampla Defesa, deve ser sopesado com as demais evidências para a formação da convicção do Magistrado.

**3. A posse de drogas em quantidade compatível com o uso pessoal, somada à insuficiência de provas de materialidade do crime de tráfico de drogas, justifica a desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, em observância à garantia constitucional in dubio pro reo.**

4. Dispõem os Juizados Especiais Criminais de competência absoluta para processar e julgar a prática de crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (MINAS GERAIS, Apelação Criminal 1.0011.16.000538-2/001 - Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Boccalini, 2018, grifo nosso).

Por todo o exposto, conclui-se que havendo dúvida, a decisão deve sempre ser decidida em favor do réu.

## 5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006

Após a Lei 11.343/06, alguns doutrinadores passaram a entender que houve a descriminalização do delito previsto no artigo 28.

Com esse entendimento, o usuário de drogas para uso pessoal não mais seria considerado um criminoso, nem a ele seriam destinadas penas autênticas.

Guilherme de Souza Nucci destaca os principais fundamentos dessa corrente:

Muitos são os argumentos utilizados, porém, os principais são os seguintes:

- a) crime deve gerar a possibilidade de aplicação de pena e esta não pode escapar totalmente da privação da liberdade. Se tal situação ocorrer, há descriminalização;
- b) a Lei de Introdução ao Código Penal, no art. 1.º, estabelece ser crime a infração penal à que a lei estabeleça pena de reclusão ou detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com multa; contravenção é a infração penal apenada com prisão simples ou multa (ou ambas, alternativa ou cumulativamente);
- c) seria o mais indicado caminho para não estigmatizar o usuário de drogas ilícitas, uma vítima do tráfico e, possivelmente da própria sociedade (NUCCI, 2018, p.340).

Na mesma obra, o autor diverge desse entendimento, *in verbis*:

Permitimo-nos discordar desses raciocínios: a evolução do Direito Penal já chegou a um patamar em que se verificou, o que é atestado pela quase totalidade da doutrina, nacional e estrangeira, a crise da pena privativa de liberdade como método exclusivo de coerção estatal para o combate à criminalidade. Afinal, existem as infrações de menor potencial ofensivo e muitas outras, igualmente insípidas, não gerando grande insatisfação social quando constatada a sua existência (ex.: vide o furto simples) [...] (NUCCI, 2018, p. 340).

Nucci entende que apesar de um sistema de penas mais brandas, pode significar punição, pois existe um cerceamento de direitos, entretanto sem o ingresso no estabelecimento prisional.

Ainda defende que o legislador ao retirar o usuário de drogas do contexto prisional, contribui significadamente para sua ressocialização.

O autor destaca o princípio da legalidade:

Porém, deixou bem claro – eis aqui o princípio da legalidade – tratar-se de crime, ao qual se cominam penas. Basta a mera leitura do título do capítulo III: “Dos Crimes e das Penas”. O crime, por si só, é uma ficção jurídica. Afinal, uma conduta qualquer se torna criminosa sempre que o legislador criar um tipo penal (vide o exemplo do assédio sexual). Assim como deixa de sê-lo, quando bem quiser o Poder Legislativo (vide o exemplo do adultério ou da sedução). Por que estaria impedida a idealização e criação de novas modalidades de penas? Nada existe de concreto a sustentar esse argumento. Aliás, a própria Constituição Federal é bem clara ao dispor, no art. 5.º, XLVI, o seguinte: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, *entre outras*,

as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (NUCCI, 2018, p. 341).

Para além da questão da materialidade do crime de posse de droga para uso próprio, outra questão de maior relevância atualmente se diz respeito à inconstitucionalidade progressiva do art. 28 da Lei 11.343/2006.

Pedro Lenza dispõe que o crime somente poderá ocorrer quando houver uma norma penal válida, deste modo, as normas submetidas a trânsito, progressivamente, para a inconstitucionalidade, não estão nesse rol (LENZA, 2011).

Um exemplo de inconstitucionalidade progressiva está na análise do artigo 68 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL “EX DELICTO”. LEGITIMIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68. NORMA AINDA CONSTITUCIONAL. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO - DE CARÁTER TRANSITÓRIO - ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS. SUBSISTÊNCIA DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL. PRECEDENTES. DECISÃO: A controvérsia constitucional objeto do recurso extraordinário, a que se refere o presente agravo de instrumento, já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, ao julgar o RE 135.328/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 177/879), fixou entendimento no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art. 134), subsistirá íntegra a regra inscrita no art. 68 do CPP, na condição de norma ainda constitucional - que configura um transitório estágio intermediário situado “entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade [...] enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento (BRASIL, 2005 *apud* MARQUES, 2016, p. 1)

Na decisão acima, fica configurado a inconstitucionalidade progressiva admitida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, é a lei caminhando para a inconstitucionalidade: “Isto porque não há ainda Defensoria Pública instalada em todo o país, sendo assim, o Ministério Público é legítimo para promover ação cível *ex delicto*” (MARQUES, 2016, p. 1).

Recapitulando o assunto principal, qual seja o processo de inconstitucionalização a que foi submetido o art. 28 da Lei de Drogas, não se pode negligenciar o que está sendo discutido pelo Egrégio Tribunal de Justiça no RE 635.659/ SP.



O Recurso Extraordinário já conta com os votos do relator Ministro Gilmar Mendes e com os votos dos Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, todos no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, afastando todo e qualquer efeito de natureza penal.

Segue alguns trechos da decisão do relator:

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica a conduta de porte de droga para consumo pessoal.

[...]

Além disso, haveria dois grupos: os favoráveis à constitucionalidade da lei e os contrários a ela. Assim, ambos os grupos teriam o direito a 30 minutos de sustentação oral cada, e dividiriam o tempo entre as entidades como aprovesse. No mérito, o Ministro Gilmar Mendes (relator) proveu o recurso, para: **a) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do referido dispositivo, de forma a afastar todo e qualquer efeito de natureza penal.** Todavia, manteve, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa; **b) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 do diploma, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo;** **c) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 50, “caput”, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz;** e **d) absolver o acusado, no caso, tendo em vista a atipicidade da conduta.** Ademais, determinou ao CNJ as seguintes providências: a) diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com tribunais de justiça, CNMP, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar; b) articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos em campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas; c) regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com respectivo monitoramento; e d) apresentar ao STF, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação [...] (BRASIL, RE 635.659/ SP, Min. Gilmar Mendes, grifo nosso).

Há um grande impasse em relação à constitucionalidade, onde os doutrinadores levam em consideração para se posicionarem, a saúde pública versus o princípio da ofensividade ou lesividade.

A doutrina desfavorável à inconstitucionalidade argumenta que o artigo 28 da Lei de Drogas não está relacionado à saúde do usuário, pois se assim estivesse, ai sim seria inconstitucional, violando o princípio da transcendência ou alteridade<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Nesse caso seria equivalente a punir o usuário por prejudicar sua própria saúde (autolesão).

A corrente sustenta que o dispositivo visa tutela a saúde pública e deste modo:

[...] a simples posse do entorpecente gera perigo para a saúde pública, ante o risco de difusão da droga, propagação que a lei quer a todo custo evitar. Como se não bastasse, a conduta do usuário fomenta o tráfico de entorpecentes, sem falar dos crimes praticados por este para manutenção do seu vício. Enfim, a lei, indubitavelmente, visa uma sociedade sem drogas, ante os certos malefícios que o entorpecente é capaz de gerar na coletividade (COUTO, 2015. p. 1)

O Ministro Gilmar Mendes assentou que, no que pese os valores da saúde, também estão em jogo a intimidade e a vida privada, cuja proteção de ambos não podem ser insuficiente e nem excessiva.

[...] Assim, a Constituição conteria mandados expressos de criminalização, bem assim conferiria ao legislador margem de ação para definir a forma mais adequada de proteção aos bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. A liberdade do legislador estaria, portanto, limitada pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de excesso de poder legislativo. Enfatizou que o principal argumento em favor da criminalização do uso de drogas estaria assentado no dano em potencial da conduta, tendo em conta a saúde e a segurança públicas. Tratar-se-ia de crime de perigo abstrato, fruto de opção do legislador por um direito penal de caráter preventivo. Destacou a existência de políticas regulatórias relacionadas à posse de drogas para consumo pessoal, mediante processo em que deslocado o problema do campo penal para o da saúde pública. Isso não significaria, entretanto, pura e simples legalização de substâncias, mas conjugação de descriminalização com políticas de redução e prevenção de danos. Ponderou que, no caso, seria necessário analisar se a norma impugnada seria adequada à proteção do bem jurídico tutelado. Em outros termos, se as medidas adotadas pelo legislador seriam idôneas à efetiva tutela do bem fundamental e se a decisão legislativa teria sido tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis. A respeito, ponderou haver 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 [...] (BRASIL, RE 635.659/ SP, Min. Gilmar Mendes, grifo nosso).

O relator entende que o artigo 28 da Lei de Drogas é uma norma desproporcional e inadequada ao seu meio fim, uma vez que a repressão ao uso de drogas não significaria uma eficácia ao tráfico de drogas.

Importante destacar, que o uso de drogas está relacionado a uma série de fatores complexos, e a criminalização da conduta não teria influências significantes ao indivíduo.

O Ministro ainda ressalta que no próprio projeto da Lei de Drogas, o usuário foi considerado pessoa vulnerável e que a lesão potencial à saúde pública não poderia ser usada como fundamento da intervenção penal no indivíduo, ferindo a liberdade individual, personalidade e autodeterminação.

[...] O tabaco e o álcool, por exemplo, ofereceriam lesividade, mas sua venda e consumo não seriam criminalizados. Nesses casos, o incremento de medidas restritivas de caráter administrativo viria se mostrando eficaz. O mesmo raciocínio deveria ser aplicado em relação às demais drogas. Sublinhou que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal também afetaria de modo desproporcional o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e à autodeterminação, em suas diversas manifestações.

Ademais, a autolesão seria criminalmente irrelevante. Frisou que a criminalização do usuário teria efeito de rotulá-lo como marginalizado, o que dificultaria sua recuperação, especialmente em se tratando de jovens, que seriam o principal grupo consumidor de substâncias ilícitas (BRASIL, RE 635.659/ SP, Min. Gilmar Mendes)

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a falta de critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes ainda é um problema no país, deste modo seria recomendável regulamentação nesse sentido.

O fracasso da atual política de “*guerra às drogas*” tem o nefasto efeito de criar mercado negro de drogas, que, por óbvio, é controlado pelo crime (des)organizado. Ademais, nas últimas décadas, especialmente depois da edição da Lei de Drogas, todos os indicadores estatísticos apontam o aumento do consumo, ao passo que, de outro lado, o de cigarro está em franca diminuição, mesmo em se tratando de substância nociva, mas lícita. Assim como assentaram os diversos ministros que já votaram, a contrapropaganda, o debate público, a informação e a advertência produzem melhores resultados do que a criminalização, pois esta produz alto custo para a sociedade, especialmente agravado pelo aumento exponencial da população carcerária (FREITAS, 2017, p. 1)

Continuando o voto do Ministro Gilmar Mendes, segue trecho onde ele resume diretrizes no combate às drogas, superiores à uma eventual criminalização:

A própria Lei 11.343/2006 conteria diretivas capazes de contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas, se comparadas à criminalização, no que se refere a usuários e dependentes. Nesse aspecto, o art. 28 — afastada a natureza penal de suas medidas — poderia ser mais efetivo ao propiciar novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas mais consentâneas com a complexidade do tema. Por outro lado, também estaria afastada não apenas a possibilidade de prisão em flagrante, como a condução coercitiva à presença do juiz ou à delegacia. Remanesceria, entretanto, a possibilidade de prisão pela posse, quando o policial entendesse que a conduta se qualificasse como tráfico. Assim, a imediata apresentação ao juiz conferiria maior segurança na distinção entre traficante e usuário, até que legislação específica viesse a lume, com critérios mais objetivos. Por ora, dever-se-ia interpretar a lei de forma que o ônus de provar tratar-se de traficante, e não mero usuário, incumbisse à acusação, e o escrutínio final, ao juiz. Da mesma forma, a avaliação da necessidade de prisão em flagrante e de sua conversão em prisão preventiva deveria ser objeto de especial análise pelo Poder Judiciário (BRASIL, RE 635.659/ SP, Min. Gilmar Mendes)

No mesmo sentido do voto acima, segue em síntese o voto do Ministro Edson Fachin:

O Ministro ressaltou que o recurso extraordinário sob enfoque desafiaria acórdão que tratara de hipótese específica, a de porte de maconha para uso pessoal. A análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral possibilitaria ao STF extrapolar os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema que, para além dos interesses subjetivos da demanda, fosse de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica. Não obstante, quando se estivesse diante de um tema de natureza penal, seria prudente judiciousa auto-contenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso poderia conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, fosse sob o ponto de vista do regime das liberdades, fosse sob o ponto de vista da proteção social insuficiente [...] O Ministro Edson Fachin asseverou que, assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico sob a análise do STF no recurso, seria necessária a estrita observância das balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade. Destacou, relativamente ao questionamento objeto do recurso, ser cabível a resposta da informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas, e não a criminalização. Seria indispensável, assim, a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em sua dimensão expandida, das entidades religiosas e de benemerência, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusassem de substâncias que causassem dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes. A distinção entre usuário e traficante, entretanto, atravessaria a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e exigiria, inevitavelmente, que se adotassem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizassem o uso de droga. Não se inseriria na atribuição do Poder Judiciário, entretanto, a definição dessas balizas. Se o legislador já editara lei para tipificar como crime o tráfico de drogas, competiria ao Poder Legislativo o exercício de suas atribuições, no qual define, assim, os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que deveriam ser levados em conta para diferenciação entre uso e tráfico de drogas. Desse modo, seria responsabilidade, de um lado, do Poder Legislativo a fixação de tais parâmetros, e de outro, a respectiva regulamentação e execução por parte dos referidos órgãos do Poder Executivo. Até que isso se desse, e mesmo após, a adoção imperativa da audiência de apresentação em até 24 horas, poderia extirpar, perante o juiz, qualquer desvio prático no emprego desse critério, especialmente diante do tráfico. Enquanto não houvesse pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, seria mandatório, portanto, reconhecer a necessidade do preenchimento dessa lacuna por meio do SENAD e do CNPCP, até que sobreviesse definição legislativa, que os regulamentassem, na condição “rebus sic stantibus (BRASIL, RE 635.659/ SP, Edson Fachin)

Por fim, também no mesmo sentido o voto do Ministro Roberto Barroso, em resumo:

O Ministro Roberto Barroso asseverou que a criminalização não passaria no teste da proporcionalidade nas modalidades: adequação da restrição, necessidade da restrição e a chamada proporcionalidade em sentido estrito. A criminalização não conseguira produzir resultado quantitativamente relevante no consumo, sobretudo, porque causara impacto negativo à saúde pública. Consignou que seria necessária a adoção de critério objetivo para distinguir o consumo pessoal do tráfico. Explicou que essa prerrogativa seria do Poder Legislativo. Entretanto, seria possível ao STF o estabelecimento de critério, ainda que provisoriamente, até posterior atuação do Parlamento. Propôs que quem portasse até 25 g de maconha não fosse considerado traficante. Todavia, isso não impediria que o juiz do caso concreto reputasse que alguém com quantidade maior a estivesse portando para consumo pessoal, nem que alguém com 25 g a estivesse portando para tráfico. Mas, nessa situação, o juiz teria que superar essa presunção, e, portanto, o ônus argumentativo tornar-se-ia mais árduo para o magistrado. Também não seria considerado traficante quem tivesse até seis plantas fêmeas como produção para consumo pessoal. O Ministro Gilmar

Mendes (relator), ao reafirmar o seu voto, declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, manteve, até o advento da legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa (BRASIL, RE 635.659/ SP, Min. Roberto Barroso)

Os princípios constitucionais ora em conflito, quais sejam, o da saúde pública, de um lado, e da intimidade e vida privada de outro, segundo irrecusável conclusão tão brilhantemente exposta na síntese dos votos, conduzem à imposição de limites à atividade legislativa criminalizadora, por ofensa à proporcionalidade, na medida em que a constituição garante a intimidade e a vida privada e também obriga o Poder Público a despender os esforços necessários e possíveis no sentido de tratar aquele que faz uso abusivo de alguma substância, de forma que a criminalização não é mais uma das opções possíveis ao Legislador (FREITAS, 2018).

A primeira instância já vem decidindo sobre a inconstitucionalidade, uma vez que mesmo não tendo sido concluído o julgamento, isso não impede que o Juízo de Primeiro Grau, em exame difuso de constitucionalidade, afaste a norma do art. 28 da Lei 11.343/2006 por sua desconformidade com a CF/1998.

A seguir, posição do Excelentíssimo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Três Pontas:

Os princípios constitucionais ora em conflito, quais sejam, o da saúde pública, de um lado, e da intimidade e vida privada de outro, segundo irrecusável conclusão tão brilhantemente exposta na síntese dos votos, conduzem à imposição de limites à atividade legislativa criminalizadora, por ofensa à proporcionalidade, na medida em que a constituição garante a intimidade e a vida privada e também obriga o Poder Público a despender os esforços necessários e possíveis no sentido de tratar aquele que faz uso abusivo de alguma substância, de forma que a criminalização não é mais uma das opções possíveis ao Legislador. Aliás, esse excesso legislativo criminalizador tem conferido inadequada proteção ao bem jurídico tutelado, sendo evidente a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em outras normas de saúde pública no que dizem respeito à proteção dos usuários e dependentes. Também é digno de nota que a repressão ao consumo não proporciona eficiência suficiente para combater o tráfico de drogas, pois, ao contrário, é notório o aumento da atividade nos últimos tempos (FREITAS, 2017, p. 1)

Por fim, resta observar que experiências desenvolvidas em outros países como Portugal<sup>11</sup>, onde a descriminalização do uso contribuiu para deslocar a polícia e o sistema de justiça para funções mais eficazes.

<sup>11</sup> Informações obtidas através dos sites: G1, 2015; JOTA, 2017 e EXAME, 2016.

Essa política pioneira em Portugal teve como grande objetivo mudar a imagem que se tinha do consumidor de drogas, fazendo com que talvez de ser visto como um criminoso, passasse a ser conhecido como alguém que precisa de apoio especializado.

Alguns dos pontos positivos serão elencados a seguir:

A segurança melhorou principalmente em três aspectos:

- 1) tirou dos policiais a preocupação de correr atrás de usuários e permitiu que ficassem mais focados em prender traficantes e produtores;
- 2) causou a redução da quantidade de crimes cometidos para pagar o consumo de drogas;
- 3) diminuição do número de presidiários.

Já sob o ponto de vista da saúde, o principal avanço da política portuguesa, além de oferecer tratamento a dependentes, fica sob o aspecto da redução de danos, seja ao próprio usuário ou aos seus familiares (MIC, 2018 *apud* AWEBIC, 2018, p. 1)

Outros efeitos também foram percebidos, como a viabilização de acesso a milhões de pessoas a programas oficiais de toxicodependência, com redução de danos à saúde, aproximação de usuários e familiares e inibição de outros comportamentos criminosos, tais como roubos e furtos, com inegável redução da população carcerária e seus evidentes efeitos negativos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal intuito debater sobre a inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo próprio, que é tratada no art. 28 da Lei de Drogas.

O porte de drogas para consumo próprio é prática ilegal perante o ordenamento jurídico brasileiro, com fulcro no artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006. Deste modo, é necessário o debate acerca da proposta de descriminalização e inconstitucionalidade, motivo que motivou a escolha do tema.

A Lei de Drogas nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, prevendo os princípios e objetivos que devem ser levados em consideração para compreensão da lei e na aplicação de medidas de prevenção ao uso das drogas.

Outra inovação trazida pela atual Lei de Drogas, em relação às leis pretéritas, foi o afastamento de qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade ao usuário e dependente de drogas, determinando penas restritivas de direito e medidas educativas.

O objeto jurídico do referido artigo é a saúde pública e é classificado em resumo como um delito comum, formal, de forma livre, comissivo, instantâneo, de perigo abstrato, unissubjetivo e plurissubsistente.

Saliente-se que ao discorrer sobre os elementos utilizados pelas autoridades policial e judiciária para identificação do indivíduo usuário ou de um autor do tráfico de drogas, contactou-se subjetividade entre ambas as autoridades, que se utilizam conjuntamente da natureza e quantidade da droga apreendida; do local e condições da ação; das circunstâncias sociais e pessoais e da conduta e antecedentes criminais.

Também se concluiu a possibilidade da aplicação dos princípios da insignificância e do *in dubio pro reo* no uso de drogas para consumo próprio, em respeito ao princípio da dignidade humana.

Em relação a materialidade, ambas são as correntes doutrinárias. A corrente contrária a descriminalização entende que mesmo o artigo 28 da Lei de Drogas prevendo penas mais brandas, ainda assim significa punição.

Noutro giro, a corrente favorável defende que o usuário de drogas para uso pessoal não mais seria considerado um criminoso, devido a não destinação de penas autênticas.

Essa discussão envolve a liberdade do indivíduo, bem indisponível e irrenunciável, direito que não pode ser interferido pelo próprio Estado, tema ora em debate, em um processo de inconstitucionalização que vem sendo decidido pelo STF no RE nº 635.659/SP.

Por fim, o trabalho aborda a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, ideia defendida pela autora, uma vez que se trata de uma norma em progressão de inconstitucionalidade.

Ademais, também defende que os valores da saúde da sociedade, objeto jurídico do dispositivo em comento, não estão sobre os valores da intimidade, da vida privada e de intervenção mínima penal.



## REFERÊNCIAS

AVELINO, Victor Pereira. **A evolução do consumo de drogas**. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14469/a-evolucao-do-consumo-de-drogas/3>>. Acesso em: 12.jun.2018.

AWEBIC. **14 anos após descriminalizar todas as drogas, é assim que Portugal está no momento**. 2018. Disponível em: <<https://awebic.com/democracia/como-portugal-descriminalizou-as-drogas-e-e-um-exemplo-para-o-mundo/>>. Acesso em: 18.out.2018.

BRASIL ESCOLA. **Ópio**. 2018. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/drogas/opio.htm>>. Acesso em: 12.nov.2018.

BIANCHINI, Alice. CUNHA, Rogério Sanches. GOMES, Luiz Flávio. OLIVEIRA, Willian Terra de. GOMES, Luiz Flávio coord. **Nova Lei de Drogas Comentada: lei 11.343, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIZZOTTO, Alexandre. BRITO, Andreia de. **Nova Lei de Drogas**. Comentários à Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2007.

BRASIL. **Lei n° 6.368 de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 20.jun.2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 10.409 de 11 de janeiro de 2002**. 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: 20.jun.2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto n° 5.912/2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm)>. Acesso em: 20.abr.2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei n° 3.689/1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20.abr.2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto n° 79.388/1977**. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt\\_bra\\_1971\\_convencao\\_substancias\\_psicotropicas.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra_1971_convencao_substancias_psicotropicas.pdf)>. Acesso em: 30.mai.2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 20.mar.2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nao-reincidente-reu-condenado-porte.pdf>>. Acesso em: 01.nov.2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 01.set.2018.

BRITO, Sara Asseis. KICHEL, Renan de Almeida. **Princípios do SISNAD e Justiça Terapêutica**. 2014. Disponível em:

<<http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2014/Artigo%207%20-PRINCIPIOS%20DO%20SISNAD%20E%20A%20JUSTICA%20TERAPEUTICA.pdf>>. Acesso em: 02.ago.2018.

CAPOBIANCO, Rodrigo Júlio. **Como se preparar para o exame de ordem: Leis Penais Especiais**. 5. ed. São Paulo: Método, 2014

COUTO, Cleber. **A (in) constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas**. 2015. Disponível em: <<https://professorclebercouthusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-in-constitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 02.out.2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em:

<<https://www.dicio.com.br/droga/>>. Acesso em: 20.jun.2018.

EXAME. **As lições radicais de Portugal para lidar com as drogas**. 2016. Disponível em:

<<https://exame.abril.com.br/brasil/as-licoes-radicaais-de-portugal-para-lidar-com-as-drogas/>>. Acesso em: 02.out.2018.

FREITAS, Enismar Kelley de. **Sentença Autos nº. 0039523-44 2017**. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/downloadArquivo.do?sistemaOrigem=1&codigoArquivo=22204911&hashArquivo=46f71426f8e824352687b9efbb64b370>>. Acesso em: 02.out.2018

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 1978. Disponível em:

<[https://copyfight.noblogs.org/gallery/5220/Veias\\_Abertas\\_da\\_Am%C3%83%C2%A9rica\\_Latina\(EduardoGaleano\).pdf](https://copyfight.noblogs.org/gallery/5220/Veias_Abertas_da_Am%C3%83%C2%A9rica_Latina(EduardoGaleano).pdf)>. Acesso em: 24.jun.2018.

**G1 DISTRITO FEDERAL**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/11/juiz-federal-manda-liberar-importacao-de-medicamentos-com-the.html>>. Acesso em: 26.mai.2018

**G1 SÃO PAULO. Portugal descriminalizou uso de drogas em 2001; entenda a política**.

2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/08/portugal-descriminalizou-uso-de-drogas-em-2001-entenda-politica.html>>. Acesso em: 02.out.2018.

**JOTA. Descriminalização das drogas**. 2017. Disponível em:

<<https://www.jota.info/justica/descriminalizacao-diminuiu-consumo-de-drogas-em-portugal-24062017>>. Acesso em: 02.out. 2018.

LEAL, João José. **Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência**. 2006. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/8957/politica-criminal-e-a-lei-n-11-343-2006-nova-lei-de-drogas-novo-conceito-de-substancia-causadora-de-dependencia>>. Acesso em> 20.jun.2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2014.

LOPES, Marco Antônio. **Drogas: 5 mil anos de viagem**. Revista Super Interessante. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem/>>. Acesso em: 25.jun.2018.

MARQUES, Gustavo Henrique Cavalcante. **A questionável constitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal**. 2016. Disponível em: <<https://ghcmarques.jusbrasil.com.br/artigos/342633794/a-questionavel-constitucionalidade-do-artigo-68-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 30.set.2018.

MATOS, Thiago Gontijo. **Aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de porte de drogas para consumo próprio** (Art. 28 da Lei n 11.343/06). 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aplicacao-do-principio-da-insignificancia-em-relacao-ao-crime-de-porte-de-drogas-para-consumo-proprio-art-28-d,589208.html>>. Acesso em: 10.set.2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia obrigatória dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica brasileira**. 2013. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/5913/bruno-cavalcanti-angelin-mendes.pdf>>. Acesso em: 30.set.2018

MENDONÇA, Clara Carvalho. **Lei 11.343/2006: parâmetros utilizados para determinar o porte de drogas para uso pessoal e o tráfico de substâncias ilícitas**. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unis.edu.br/bitstream/prefix/70/1/Monografia%20definitiva%20CLARA%20CARVALHO%20MENDON%C3%87A.pdf>>. Acesso em: 02.ago.2018.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Criminal 1.0000.15.049869-9/000 - Des.(a) Walter Luiz - Julgamento: 04/08/2015 - Publicação: 14/08/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=7&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=art%2028%20local%20distribui%E7%E3&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 02.out.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Criminal 1.0114.15.000371-2/001 - Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires - Julgamento: 20/09/2018 - Publicação: 01/10/2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0114.15.000371-2/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em 02.out.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Criminal 1.0363.17.003968-1/001 - Des.(a) Matheus Chaves Jardim - Julgamento: 16/08/2018 - Publicação: 27/08/2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0363.17.003968-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em 02.out.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Criminal 1.0003.17.003899-0/001 - Des.(a) Edison Feital Leite - Julgamento: 28/08/2018 - Publicação: 05/09/2018.** Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0003.17.003899-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 02.out.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Criminal 1.0011.16.000538-2/001 - Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Boccalini - Julgamento: 11/09/2018 - Publicação: 21/09/2018.** Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0011.16.000538-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 02.out.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Autos nº 0039523-44 2017 - Comarca de Três**

**Pontas. 2017.** Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/downloadArquivo.do?sistemaOrigem=1&codigoArquivo=22204911&hashArquivo=46f71426f8e824352687b9efbb64b370>>. Acesso em: 02.out.2018

NASCIMENTO, Ketlyn de Santana. PRATA, Karla Daniele Piedade. SILVA, Danielle Tavares da. et. al. **A lei de drogas em debate**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAIVA, Guilherme. **A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da lei de drogas: Apontamentos acerca dos institutos de despenalização e descriminalização**. 2015. Disponível em: <<https://gmacau.jusbrasil.com.br/artigos/246913624/a-natureza-juridica-da-conduta-incerta-no-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 30.jul.2018.

POLÍTICA NACIONAL ANTIDROGAS. Disponível em:

<[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/PNAD\\_VersaoFinal.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/PNAD_VersaoFinal.pdf)>. Acesso em: 02.jul.2018.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. **A origem das drogas na história e seu surgimento no Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/a-origem-das-drogas-na-historia-e-seu-surgimento-no-brasil/60298>>. Acesso em: 24.jun.2018.

PRADO, Regis. **Porte e tráfico de drogas**. 2018. Disponível em: <

<http://www.professorregisprado.com/Material%20didatico/Power%20point%20Porte%20e%20Tr%20E1fico%20de%20Drogas.pdf>>. Acesso em: 30.jul.2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 7.ed. São Paulo: Lumen Júris, 2003

RIVAS, Caio. **História e evolução das drogas**. 2016. Disponível em: <<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/317748721/historia-e-evolucao-das-drogas>>. Acesso em: 25.jun.2018.

SILVA, César Dário Mariano da. **Lei de Drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SIMÕES, Juliana Thomazini Nader. **A evolução da lei antidrogas no Brasil e as influências na determinação de seus rumos**. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-da-lei-antidrogas-no-brasil-e-as-influencias-na-determinacao-de-seus-rumos,47356.html>>. Acesso em: 01.jul.2018.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República**. 2016. Disponível em: [https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2016/09/Torcato\\_Historia\\_Probi%C3%A7%C3%A3o\\_Brasil\\_USP\\_2016.pdf](https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2016/09/Torcato_Historia_Probi%C3%A7%C3%A3o_Brasil_USP_2016.pdf)>. Acesso em: 24.jun.2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27.ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

VAZ, Daniel Ribeiro. **A nova lei de drogas - Lei 11.343/06**. 2015. Disponível em: <<https://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/169726864/a-nova-lei-de-drogas-lei-11343-06>>. Acesso em: 02.agos.2018.

YANDRA, Karla. **Lei de Drogas e a Reinserção social de usuários ou dependentes de drogas**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66209/lei-de-drogas-e-a-reinsercao-social-de-usuarios-ou-dependentes-de-drogas>>. Acesso em: 01.ago.2018,