

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06
DESCORTINADA POR UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA**

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF LAW 11.343/06 SHOWN
UNDER A PRINCIPIOLOGICAL ANALYSIS**

Nelson Eduardo Ribeiro Machado ¹

Resumo

Tratar-se-á da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, tendo como fundamento alguns princípios do Direito. Sob este prisma analisar-se-á a tipificação do usuário e sua consequente falta de crivo constitucional na elaboração da norma contida no supracitado artigo. À luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade e a vida privada, da proporcionalidade e, ainda, do princípio penal da intervenção mínima, traçar-se-á um caminho que conduz a conclusão de que, o artigo em comento, fere gravemente tais princípios e que os mesmos, em hipótese nenhuma, poderiam ter assim sido olvidados.

Palavras-chave: (drogas, Inconstitucionalidade, Lei 11.343/2006)

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to discuss the unconstitutionality of the article 28 of law number 11.343/06, under a few constitutional principles. Under this scope, the analysis will cover the typification of the drug user and the lack of constitutional righteousness in the elaboration of the norm. Under the constitutional principles of the dignity of human being, intimacy and private life, proportionality and the penal principle of minimum intervention, a path will be set that concludes that the article attacks those principles, which could never be forgotten.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: (drugs, Unconstitutionality, Law 11.343/06)

¹ Graduado em Direito pela PUC/MG, Pós-graduação "Lato sensu" em Direito, Mestrando em Direito pela Universidade Fumec em MG. Professor Universitário.

INTRODUÇÃO

O problema das drogas no Brasil é um problema grave e, conseqüentemente, necessita de uma resposta eficiente e eficaz do Estado. A política brasileira de enfrentamento ao problema social do consumo de drogas é a de sua criminalização.

A chamada “Guerra as drogas” ou “War on Drugs”¹, tem caráter combativo. Após 45 anos da malversada “guerra” o que se observa, diariamente, é que não houve, nem se está a ter, sucesso.

Em uma guerra, todos saem perdendo, mas, é cediço que, os mais vulneráveis ao sistema, estarão mais fragilizados diante de sua própria condição. Nessa seara os limites constitucionais são os balizadores necessários e fundamentais para garantias que advém dessas fragilidades, sejam sociais, econômicas ou de qualquer outra espécie.

Em um Estado democrático de direito os direitos fundamentais devem, não só serem respeitados, como defendidos, sob pena de se desestruturar a própria formação originária do Estado.

Na legislação brasileira sobre o tema, entenderemos ao longo do presente, que os princípios constitucionais não serviram de parâmetro ao Legislador para sua elaboração, ou se serviram, não foram observados de fato. Não em relação ao todo, mas em específico à normatização sobre o usuário de drogas.

Assim sendo, passaremos a analisar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, que normatiza o porte de drogas, para consumo próprio, frente a uma visão principiológica do Direito, com as conseqüentes indicações normativas para a comprovação de sua verdadeira afronta a tais princípios.

¹ Nome dado, em 1971, por Richard Nixon, ex-presidente dos Estados Unidos, ao enfrentamento às drogas.

É a inconstitucionalidade do artigo 28, da lei 11.343/06, analisada com a roupagem principiológica que se passa a fazer.

A Lei de drogas e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006, a chamada “Lei de Drogas”, foi publicada em 24 de Agosto de 2006 e passou a vigorar em todo o território nacional em 08 de Outubro de 2006.

Esta Lei criou o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, que tem como finalidade “articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas”².

Em seu artigo 28, a Lei 11.343/06, faz a tipificação penal da conduta do usuário de drogas, diferenciando-a da do Traficante, sendo esta regulamentada no artigo 33 da lei ora em comento.

A norma contida no artigo 28 da supracitada lei, em sua redação, inserida no “*Capítulo III – Dos Crimes e das Penas*” normatiza que:

Artigo 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.

(grifou-se)

² Artigo 3º. da Lei 11.343/06

Como se depreende, do acima descrito artigo 28, além de ter sido inserido no capítulo que trata “dos crimes e das penas”, traz aos usuários de drogas, como sanção, em seu inciso II, a “prestação de serviços à comunidade”.

Como nos ensina o Prof. Pierpaolo (BOTTINI, 2015, p. 14),

“a pena restritiva de direitos é destinada a crimes com pena privativa de liberdade superior a *seis meses* (de privação da liberdade) (artigo 46 do Código Penal), fato que distancia o comportamento – mesmo na seara material – de uma mera *infração administrativa*, no que concerne às consequências jurídicas do ato”.

Ocorre que, ao criminalizar a conduta do usuário, o Legislador feriu, de morte, princípios constitucionais, atirando-os ao lixo; tecendo uma Lei que, especificamente em seu artigo 28, entende-se ser inconstitucional.

Utilizar o Direito Penal, que deve ser a *ultima ratio* (Em relação à tutela e proteção de bens jurídicos pelo Estado), para a regulamentação de um assunto que deveria passar ao longe desta esfera de intervenção estatal, parece simplificação de um modelo punitivo que, por si só, leva o usuário de drogas para a margem da Sociedade, estigmatizando-o e fazendo com que o usuário seja colocado na clandestinidade.

O Estado, assim, só agrava o assunto referente ao consumo de drogas, pois, ao invés de trazer para si a responsabilidade (que entendemos que é dever do Estado), de tratamento e recuperação deste usuário, ao contrário, o expulsa do seio da Sociedade, deixando-o, assim, aos auspícios da aversão social.

Partindo-se do pressuposto que a Constituição da República é, como nos ensina Canotilho³ (CANOTILHO; MOREIRA *apud*: LIMA, 2012. p. 58), o “estatuto fundamental da ordem jurídica geral”, ela nos traz, em seu escopo, os princípios norteadores da ordem jurídica que se deseja impor, inferindo-se que, qualquer norma que se pretenda construir na consecução da proteção de todo e qualquer bem jurídico penalmente protegido, deve, obrigatoriamente, seguir os pressupostos ali insculpidos.

3 CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra editora: Livraria Almedina, 1991.

Como explica LIMA (LIMA, 2012. p. 59),

“A Constituição contém os comandos superiores quanto à operacionalização do Direito Penal, como também encerra, explícita e implicitamente, a possibilidade de criminalização e descriminalização de condutas, regulando assim direito fundamental dos indivíduos (...).

E prossegue: “É a Constituição, pois, que traça os contornos da possibilidade ou impossibilidade da criação de infrações penais, além de fixar marcos que impedem e os marcos que possibilitam a descriminalização” (LIMA, 2012. p. 59).

Quando o Legislador criminalizou o porte de drogas para consumo próprio, certamente afrontou princípios basilares e fundamentais da Constituição, à medida que ultrapassou os limites restritivos da criminalização possíveis da norma contida no artigo 28, como os restritivos de direito.

Com relação aos princípios constitucionais afrontados pela Lei 11.343/16, em seu artigo 28, fica clara a ofensa a princípios que se estruturam como fundamentais em relação ao próprio Estado democrático de Direito, motivo pelo qual se passa a expor.

O Princípio da Dignidade da pessoa humana

O primeiro e mais grave preceito constitucional atacado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06, é o Princípio da Dignidade da pessoa humana, inserido na Constituição da República do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

Fundamento do Estado Democrático de Direito, o Princípio da dignidade da pessoa humana, como principal direito fundamental garantido constitucionalmente, “funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas” (Nunes, 2002. Pg. 46).

O Princípio da dignidade da pessoa humana deve nortear, guiar, direcionar, a construção jurídica de toda e qualquer norma, ou seja, é raciocinar que o princípio da dignidade humana só poderá ser garantido ilimitadamente se não adentrar a dignidade de outrem; é o que ocorre com o usuário, que em seu ato de consumir drogas, não denigre ou mesmo fere, de qualquer forma que seja, a dignidade de outrem, quiçá, apenas a sua própria, mas jamais a terceiros.

Citando o Ilmo. Prof. José Afonso da Silva⁴ (SILVA *apud* VARGAS, 2010. Pg. 161), nos ensina a Profa. Denise Vargas, que “como a dignidade é atributo intrínseco a toda pessoa natural, nem mesmo o seu comportamento ilícito ou indigno retira-lhe a dignidade e os direitos fundamentais que lhes são inerentes (...)”, devendo, tais direitos, desta feita, ainda assim, serem respeitados e resguardados.

Um ser humano, que é usuário de drogas, faz, *in casu*, escolha que o torna um ser autônomo nesta preferência. Em sua autonomia, consequência da dignidade humana, garante ali, também, sua autodeterminação. Isto é a base de sua autonomia individual. Criminalizar esta autonomia rasga-lhe a dignidade de sua internalidade, de seus atos.

Restringir direitos, atacar a dignidade humana, fazer com que o usuário seja jogado à margem do sistema jurídico, às vezes até mesmo o empurrando para a marginalidade, não insufla a sua dignidade, antes porém, até em consequência, o esfarrapa à margem de um sistema muitas vezes perverso em que o Estado, com sua força policial, toma atitudes que distanciam o indivíduo de sua autonomia de vontade, carecendo, assim, de instrumentos que o possibilitem de olhar para si mesmo como sendo senhor de direitos e deveres diante deste próprio Estado.

Na lição do Ilmo. Prof. Warley Belo, “A lei não só tem como pressuposto o princípio da dignidade humana, como também, nele encontra sua *condição de validade*” (BELO, 2012, p. 63). Ao esfarrapar a dignidade intrínseca do usuário, o artigo 28, da Lei 11.343/06, automaticamente torna-se inconstitucional, ferindo de morte, como restou comprovado, o Princípio da dignidade da pessoa humana.

4 SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37.

Este motivo, por si só, já seria suficiente para concluir pela inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei 11.343/06, mas, há outros princípios que, necessariamente, devem ser suscitados e explanados, conforme se verá a seguir.

O Princípio da intimidade e a vida privada

Outro Princípio constitucional gravemente atacado pela referida Lei 11.343/06, especificamente em seu artigo 28, é o Princípio da intimidade e a vida privada insculpido no artigo 5º., inciso X, CR/88.

Tenha-se aqui em consideração a tratativa da intimidade e a vida privada, *in casu*, conjuntamente, ou seja, como componentes do direito de privacidade, aqueles que são relativos ao mais íntimo e pessoal do ser humano, aquilo que lhe é mais “secreto”, o que lhe é mais escondido em seus recônditos internos.

Nas palavras do Prof. Pierpaolo (BOTTINI, 2015. p. 24)

“O consumo de drogas, enquanto comportamento exclusivo do indivíduo, sem afetação de terceiros, encontra-se no campo da intimidade, daquilo que é exclusivo, que ‘passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos’. Por isso, esse espaço é indevassável”.

Em assim sendo, o consumo de drogas, assim se configura, sendo algo íntimo; adentrando a esfera preferencial do usuário de drogas, em seus porões conscienciais de vícios, hábitos e sua maneira individual de ser, de existir.

Como nos ensina o E. Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso

“O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 188 de 21/09/2015. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, pg. 7).

O Estado não pode, nesta esfera de autodeterminação do indivíduo, criminalizar suas condutas para, supostamente, “ensinar” a seus cidadãos como se comportar, sob pena de se estigmatizar com um *status* de paternalismo que, no mínimo, soa como arcaico no atual momento civilizatório que se encontra a sociedade.

E, neste contexto, o Estado não tem legitimidade para agir. O poder estatal de punir condutas não pode adentrar esta esfera de espaço de seus indivíduos. Ou seja, “o consumo individual de drogas integra-se no círculo de privacidade do indivíduo, intangível pelo *ius puniendi* (...)”. (BOTTINI. 2015. p. 25)

Se o usuário de drogas, ventilando esta hipótese, por sua vontade própria, ferir sua saúde, mesmo assim continua em sua esfera de intimidade, e, em assim sendo, sua conduta não pode ser criminalizada, visto que o Estado não pune a autolesão, assim fosse, teria que processar judicialmente quem comete suicídio, o que ao se raciocinar, por motivos óbvios, impossível seria.

Neste diapasão se pronunciou o E. Ministro Luís Roberto Barroso, em seu supra citado voto, a respeito do tema, senão veja-se:

“Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso

Extraordinário 635.659. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 188 de 21/09/2015. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, pg. 8).

Fazendo-se valer do raciocínio jurídico no Estado democrático de Direito, diante deste princípio constitucional, facilmente se visualiza que, a criminalização do usuário de drogas, no artigo 28, da lei 11.343/06 é inconstitucional.

O Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade “permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional que visa garantir os direitos fundamentais e o Estado de Direito Democrático” (NUNES, 2002. Pg. 42).

Significa dizer que deve existir proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa a ele colapsada. Como nos ensina o Prof. Maurício Lopes (LOPES. 1999. Pg. 91)

“O bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se”.

Faz-se necessária aqui a reflexão sobre o argumento de que, em sua conduta, punir o usuário, seria um fator inibitório para a proteção da segurança pública e bens jurídicos individuais, tais como a vida ou mesmo o patrimônio, vez que, supostamente, o usuário poderia cometer crimes para sustentar o vício.

Como nos ensina o E. Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes

“Na valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal há de se exigir a demonstração do dano potencial associado à conduta objeto de incriminação. Em outras palavras, há que se verificar em que medida os riscos a que sujeitos os interesses coletivos podem justificar a conversão destes em objeto de proteção pelo Direito Penal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 170 de 31/08/2015. Voto Ministro Gilmar Mendes, pg. 33).

Defere-se que, o uso de drogas por si só, como já fartamente demonstrado, não se configura crime. Supor que a atitude posterior à utilização da droga seja rechaçada pela criminalização apenas do uso, é acreditar que o Estado, através do poder punitivo do direito penal, seja incapaz de oferecer segurança pública a seus cidadãos sem que se casse a liberdade, tão cara ao Estado democrático de direito, dos usuários.

Com este pensamento, o raciocínio seria o mesmo para os consumidores de álcool. Criminalizar o uso seria, portanto, de acordo com a filosofia da norma contida no artigo 28 da Lei 11.343/06, a solução natural para a diminuição das consequências nefastas que o álcool provoca na sociedade.

Na medida em que o afastamento do usuário de um possível tratamento se dá com a criminalização de sua conduta, inevitável pensamento de ser o argumento de lesão à saúde pública rechaçado, visto que, um sistema de saúde público atrativo aos usuários, seria muito mais eficaz do que o proibicionismo arcaico adotado pelo sistema de conduta supostamente lesiva deste mesmo usuário.

Não proporcionando ofensa, ou mesmo danos a bens jurídicos de terceiros, fica óbvio que a criminalização do comportamento do usuário não é a forma mais proporcional de solução de um eventual problema de saúde pública.

Como se depreende, com o afastamento da culpabilidade do usuário, o artigo 28 da lei 11.343/06 mostra-se inconstitucional vez que fere um princípio considerado fundamental na avaliação do tema em tela.

O Princípio da Intervenção Mínima (*ultima ratio*)

É cediço que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, devem-se esgotar as possibilidades normativas dispostas ao Legislador, para que, aí sim, o mesmo se valha de sua utilização para alcançar seu objetivo regulador.

Como nos ensina o Prof. Maurício Lopes (LOPES. 1999. Pg. 92)

O princípio da *intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

O Estado só pode se valer do Direito penal quando os bens jurídicos tutelados sejam realmente necessários para a convivência harmônica e pacífica dos indivíduos de uma sociedade, afastando-se, toda e qualquer possibilidade deste meio ser de forma danosa ao escopo social.

Afirma, ainda, o Prof. Maurício Lopes (LOPES. 1999. Pg. 92), que o Princípio da intervenção mínima

“só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma

menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.

Várias são as possibilidades, de cunho administrativo, quando se trata de trazer subsídios para que se normatize a conduta do usuário sem que esta seja criminalizada. Cite-se, como exemplo, o consumo de tabaco no país. Ações na esfera administrativa possibilitaram a redução do consumo de tabaco, conforme nos elucidou o E. Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, a saber

“Em contraste com o aumento do consumo de drogas, inclusive a maconha, o consumo de tabaco caiu drasticamente. Segundo dados trazidos pelo IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarros. Em 2013, esse número caiu para 15%. Informação e advertência produzem, a médio prazo, resultados melhores do que a criminalização”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 188 de 21/09/2015. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, pg. 5).

O Estado não pode suprir sua ineficiência e ineficácia fazendo-se valer do Direito penal, repise-se, a *ultima ratio* do sistema estatal, para impingir a seus cidadãos, *in casu*, os usuários de drogas, a suposta proteção de bens jurídicos, sejam eles quais forem.

Sobre este raciocínio, encerra-se a elucidação afirmando, que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”. (LOPES, 1999. Pg. 92).

Fica objetivamente claro que existem outras formas de enfrentamento da “Guerra as drogas” do que meramente a criminalização do usuário, medidas mesmo que na esfera

administrativa, devem ser pensadas e estudadas, para que tenham eficácia, e mesmo validade, em relação ao tema, que tão complexo e espinhoso é, tais como, retomando o exemplo do Tabaco, advertências de sua utilização para a saúde, educação da população e, ainda, veiculação de campanhas viabilizadoras de conhecimento sobre os efeitos das drogas, com seu consequente e efetivo tratamento.

CONCLUSÃO

A inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/06 restou cabalmente comprovada. Os princípios apreciados devem lançar os alicerces de uma nova dinâmica jurídico-política que se faz urgentemente necessária.

Sabe-se que não é fácil a solução a se adotar no caso em tela, mas o tempo urge e a sensatez fala mais alto que, este modelo não sobreviverá por muito tempo. Por isso, não é possível a tratativa atual deste modelo punitivo por parte do Estado em face ao usuário de drogas.

Outro olhar deve ser oferecido ao usuário de drogas no país. A criminalização, já que, como restou concluído, é inconstitucional, deve ser analisada de forma a humanizar mais o relacionamento entre usuário e Estado.

A criminalização somente continuará a repelir e expulsar o usuário dos meandros do Estado. Cabe a este, a readequação de sua política, de seus pensamentos e mesmo de suas leis para que seja possível a ele, Estado, assumir a responsabilidade de deixar fluir a dignidade e a autonomia individual de seus cidadãos.

A não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo devem ser adotadas, tais como, a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme já prescrito norma do artigo 28 da Lei 11.343/06 em seu inciso III, enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Que se inicie a “paz as drogas”, pois, a “guerra às drogas” falhou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora RT, 1973.
- ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana – valor-fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES Júnior, VIDAL Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 11ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BELO, Warley. **Tratado dos princípios penais: Volume I**. 1ª. Edição. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.
- BELO, Warley. **Tratado dos princípios penais: Volume II**. 1ª. Edição. Florianópolis: Bookess Editora, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio: com a palavra, o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora RT, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 170 de 31/08/2015. Voto Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 188 de 21/09/2015. Voto Ministro Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJE nº. 188 de 21/09/2015. Voto Ministro Edson Fachin.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. Edição. Coimbra editora: Livraria Almeida, 1993.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6ª. Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª. Edição. São Paulo: Editora RT, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. Edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, v.1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A formação da doutrina dos direitos fundamentais. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. (Série princípios fundamentais do direito penal moderno; Volume 3) .

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais – teoria geral, comentários aos arts. 1º. a 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência**. 2ª. Edição. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 4ª. Edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2008.

TOLEDO, Armando; BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. **A nova tipificação do delito de embriaguez ao volante. Direito penal – reinterpretação à luz da Constituição: questões polêmicas**. São Paulo: Elsevier, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3ª. Edição. São Paulo: RT, 2009.

VARGAS, Denise Soares. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. et al. **Princípios Constitucionais Fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana. Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.