

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
CURSO DE DIREITO**

**SHIRLEY DIAS MOREIRA**

**A DESPENALIZAÇÃO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO  
PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO**

**SÃO MATEUS  
2019**

**SHIRLEY DIAS MOREIRA**

**A DESPENALIZAÇÃO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO  
PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade Vale do Cricaré, como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Samuel Davi Garcia  
Mendonça.

**SÃO MATEUS**

**2019**

**SHIRLEY DIAS MOREIRA**

**A DESPENALIZAÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE DO  
PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de novembro de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROF. SAMUEL DAVI GARCIA  
MENDONÇA  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
ORIENTADOR**

---

**PROF.  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**PROF.  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Ao meu Deus, que me sustentou até aqui, Senhor da minha vida e a razão de minha existência e a minha família.

Primeiramente dedico esta monografia á minha mãe, por ter contribuído imensamente na minha graduação no curso de Direito e aos meus irmãos. Aos meus professores que conduziram cada um de sua forma, neste meu processo. E aos meus colegas que trilharam comigo nesta trajetória.

“Porque sou eu que conheço os planos que tenho para vocês”, diz o Senhor, ‘planos de fazê-los prosperar e não de causar dano, planos de dar a vocês esperança e um futuro”. (Jeremias 29:11).

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo central analisar o artigo 28 da Lei 11.343/06, denominada como Lei de Drogas, para quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização, abordando em primeira monta a diferenciação do tráfico para e a posse de drogas para consumo pessoal no qual é abordado no citado artigo e a inconstitucionalidade sob o aspecto dos princípios constitucionais.

Analisando as condutas relativas ao consumo pessoal de substâncias psicotrópicas de controle especial da Portaria SVS/MS 344/98, cujas substâncias podem ocasionar dependências psíquicas quanto físicas.

O estudo visa analisar a compatibilidade do artigo supracitado com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a questão encontra-se em análise no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº 635.659 com repercussão geral, no qual analise da legitimada constitucional perante os da alteridade e da lesividade, bem como a inviolabilidade da vida privada.

Será objeto de estudo a lei e a jurisprudência sobre o tema, além de ser abordado em capítulo próprio o Recurso Extraordinário 635.659 que tramita no Supremo Tribunal Federal, no qual se discute a descriminalização resultante da declaração de inconstitucionalidade do art. 28, da lei nº 11.343/2006, e o posicionamento dos votos dos três ministros, e detalhes que corroborou para decisão de seus votos.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade – Consumo pessoal- Drogas

## **ABSTRACT**

The main objective of the present study is to analyze article 28 of Law 11.343/06, known as the Drug Law, for those who acquire, store, deposit, transport or bring with them, for personal use, drugs without authorization, addressing first and foremost the differentiation of trafficking for and possession of drugs for personal use in which it is addressed in the aforementioned article and unconstitutionality under the aspect of constitutional principles.

Analyzing the conduct regarding personal consumption of special control psychotropic substances of Ordinance SVS / MS 344/98, whose substances may cause psychic and physical dependence.

The study aims to analyze the compatibility of the aforementioned article with the Federal Constitution of 1988, considering that the issue is under analysis in the Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 635,659 with general repercussion, in which analysis of the constitutional legitimated before those of the alterity and harm, as well as the inviolability of private life.

It will be object of study the law and the jurisprudence on the subject, besides being addressed in own chapter the Extraordinary Appeal 635.659 that is pending before the Federal Supreme Court, which discusses the decriminalization resulting from the declaration of unconstitutionality of art. 28, of Law No. 11.343 / 2006, and the positioning of the votes of the three ministers, and details that corroborated the decision of their votes.

**Keywords:** Unconstitutionality - Personal Consumption - Drugs

# SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO PENAL E O CONTROLE SOCIAL.....</b>	<b>13</b>
2.1	O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006.....	13
2.2	SISNAD .....	15
2.3	BEM JURÍDICO PROTEGIDO.....	16
<b>3</b>	<b>OBJETO MATERIAL .....</b>	<b>17</b>
3.1	SUJEITO ATIVO E PASSIVO .....	17
3.2	TIPO OBJETIVO.....	18
<b>4</b>	<b>DA REINCIDÊNCIA .....</b>	<b>21</b>
<b>5</b>	<b>DA PRESCRIÇÃO .....</b>	<b>22</b>
<b>6</b>	<b>NATUREZA JURÍDICA.....</b>	<b>23</b>
6.1	HOUE A DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO .....	23
6.2	DIFERENÇA ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE .....	26
<b>7</b>	<b>DOS PRINCÍPIOS .....</b>	<b>28</b>
7.1	VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE .....	28
7.2	VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA .....	29
7.3	VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE .....	30
7.4	APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....	32
<b>8</b>	<b>DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA .....</b>	<b>35</b>
8.1	TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADES .....	35
<b>9</b>	<b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>37</b>
9.1	CONTROLE DIFUSO .....	37

9.2	CONTROLE CONCENTRADO.....	39
<b>10</b>	<b>A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.28 DA LEI DE DROGAS .....</b>	<b>42</b>
10.1	A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NA SEARA INTERNACIONAL .....	43
<b>11</b>	<b>VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>45</b>
<b>12</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
<b>13</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A celeuma proposta pela nova lei de drogas de nº 11.343/06 é determinar se ocorreu a descriminalização, despenalização e ou eventual inconstitucionalidade, pelo fato do legislador não quantificar uma pena privativa de liberdade no art. 28, impondo uma nova infração “sui generis” que caminha para a inconstitucionalidade.

Conforme disposto no artigo 1º da Lei de Disposição do Código Penal, “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, não prevendo em seu artigo um crime que não fosse a ele cominado uma pena de reclusão ou detenção”.

Sendo assim, para que um determinado fato seja considerado típico (sob o ângulo material), é preciso que haja a criação de um risco proibido relevante e que haja a ofensa a um bem jurídico alheio. É o que determina o princípio da lesividade, especialmente no que se refere a alteridade que legitima o Direito Penal.

## JUSTIFICATIVA E PROBLEMA DE PESQUISA

O trabalho tem como finalidade explicar sobre os conflitos causados com a política proibicionista do Estado em relação ao uso de drogas para o consumo pessoal.

A Lei 11.343/06 intitulada como nova lei de drogas, foi criada pelo legislador com o fito de aplicar uma penalidade mais branda aos usuários de drogas, pois a lei anterior 6.368/76, já não estava conseguindo acompanhar as mudanças atuais, gerando assim inúmeras celeumas no ordenamento jurídico do país.

Mas, na busca de resolver conflitos, o legislador equivocou-se na criação desse novo artigo, ao não observar os entendimentos e requisitos já instalados na Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais. Como por exemplo, sob a ótica da Lei de Introdução do Código Penal considera-se crime o ato praticado por algum indivíduo em que a lei comina pena de reclusão ou detenção não permitindo a possibilidade de aplicar como pena principal penas de caráter socioeducativas, consideradas como não privativa de liberdade.

No caso do artigo 28 da Lei 11.343/06, a ausência de requisito como o da não fixação da pena privativa de liberdade, agrava ainda mais, por violar os princípios fundamentais, como o da fragmentariedade do direito penal, o Estado só pode intervir em situações de real relevância, ou que afete bem jurídico de terceiros, sem mencionar que o direito penal não pune a autolesão, que é o caso o usuário, que só está causando prejuízo a si.

O debate aqui explanado traz a inconstitucionalidade do referido artigo, por ter ainda violado princípios e tratados.

O debate não é novo, já que tramita perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 635.659, no qual encontra-se pendente de julgamento, tendo três votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, opinando pela inconstitucionalidade do art. 28 da lei de drogas.

### 1.1 OBJETIVOS

#### 1.1.1 Objetivo Institucional

Elaborar um Trabalho de Conclusão de Curso, para obtenção do grau de Bacharel em Direito. A explanação sobre a ausência de requisitos para aplicação de penalidades ao porte de drogas para consumo pessoal.

O objetivo crucial para a elaboração deste trabalho é a demonstração do retrocesso do legislador ao tentar impor sanções detrimento do direito a intimidade da vida privada de cada indivíduo.

#### 1.1.2 Objetivos Específicos

- a) Expor com clareza que a alteração feita pela Lei 11.343/06 no artigo 28, afrontando direitos e garantias expressos na Constituição atual.
- b) Analisar detalhadamente os princípios constitucionais no nosso ordenamento jurídico, que confrontam a norma criada, como também de tratados internacionais não respeitados e os entendimentos dos magistrados sobre a questão.
- c) O reconhecimento da inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei 11.343/06, por meio do controle difuso e da ADI- Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

## 2 DIREITO PENAL E O CONTROLE SOCIAL

O objetivo do Código Penal, ao selecionar as infrações penais, é proteger os cidadãos e ressocializar aqueles que cometem as condutas criminosas. Apesar de, relativamente, ser considerado antigo – com sua decretação na década de 40 -, tal conjunto de leis penais e medidas punitivas, sofreu diversas modificações ao longo dos anos para, justamente, se adequar às novas modalidades sociais e políticas advindas do desenvolvimento natural do Brasil. Isso porque não existe crime dissociado do ser humano, pois onde há homem há a incidência das infrações penais. O que muda, na realidade, é a forma como o crime é cometido, a qual, notoriamente, variou de acordo com o passar do tempo, com a mudança dos costumes, entre outros fatores. Assim que “[...] é político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito penal, porque a sociedade evolui.”. (GRECO, 2010, p.5)

Rogério Grecco aduz que o direito penal visa proteger os bens mais importantes para a sociedade pelo ponto de vista político, os quais não podem ser protegidos pelo demais ramos do direito. (GRECCO, 2010).

### 2.1 O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

O debate acerca da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para o consumo próprio estava presente na Lei 6368 76, estando em vigor o artigo 16, no qual estava encapsulado:

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)

Posteriormente, a Lei 6368 76 foi revogada pela Lei 11.343/06, no qual em seu dispositivo do artigo 28, não comina pena privativa de liberdade ao usuário, apenas medidas socioeducativas, vejamos:

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 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)

Com isso, com a nova lei, quem adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não será submetido, sob hipótese alguma a pena privativa de liberdade, apenas será impostas as penas consideradas alternativas ou socioeducativas.

Por oportuno, no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/1941), prevê que:

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

Contudo, quando analisamos um tipo penal incriminador, presumimos que, em sua norma secundária, há uma aplicação de pena de reclusão ou detenção, ou seja, a pena privativa de liberdade, ficando evidenciado que tais considerações não foram analisadas pelo legislador, no artigo 28 da Lei 11 343/06, conhecida como a Lei de Drogas.

Devido o tratamento mais afável feita pelo legislador, alguns doutrinadores entendem que houve criação de uma norma “sui generis”, tese esta defendida pelo Doutrinador Luiz Flávio Gomes, ao aludir que não se trata de crime e nem de

contravenção penal, já que no artigo 28 da Lei de Drogas, ao afastar a pena de prisão e não serem adotadas penas alternativas ao delito.

Segundo alguns doutrinadores, ao afastar a pena privativa de reclusão ou detenção do art. 28, criando um novo tipo de infração “sui generis”, o Brasil que antes adotava um sistema bipartido de penas, dos quais constava crime e contravenção penal, agora adota um sistema tripartido, abrangendo em seu rol a infração “sui generis”, em que considera-se crime o delito de potencial gravoso, infração penal o delito que permite pena simples e a infração “sui generis” que não impõe ao delito uma pena.

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Objetiva-se tutelar os bens mais valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, os quais não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. (GRECO, 2010, p.4).

## 2.2 SISNAD

De acordo com o Art. 3º da LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006: “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”.

No Título I, que trata das disposições preliminares, o art. 1º institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, criando uma estrutura administrativa com objetivo de disciplinar em todo o país, de modo abrangente, a problemática das drogas, que se constitui em uma das questões que mais afligem a sociedade.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas trata da problemática das drogas partindo de duas linhas de atuação diversas, quais sejam: a) desenvolver uma rede de proteção aos usuários e dependentes; b) empreender atividades que visem o combate às drogas originárias de produção irregular e de tráfico ilícito de drogas.

Percebe-se uma preocupação do texto legal para que todos os meandros sociais que cercam as drogas estejam abrangidos pela Lei, o Sisnad tem a

finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, atenção, reinserção social e repressão

A integração impõe ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas o objetivo de formar junto aos órgãos que se responsabilizam com a repressão e com a prevenção um todo coerente para que as energias empreendidas possam atingir um melhor resultado.

No que diz respeito à organização, entende-se como a transformação do Sisnad em um gestor maior das questões da droga, este coloca-se em posição de comando, exercendo sua influência política de modo a promover a dinamicidade e multiplicação das atividades de repressão e prevenção.

No artigo 4º da Lei 11.343/06 são enunciados aos princípios que compõem o funcionamento do Sisnad. Mais do que uma carta de intenções, os princípios jurídicos são normas que detêm a força vinculante que serve de instrumento para a efetiva concretização de uma realidade.

Com relação aos princípios que devem ser levados em conta pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, entendemos necessário fazer uma ressalva ao inciso XI do art. 4º, da Lei 11.343/06 ao dispor “a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas (Conad)”, visto que este restou-se prejudicado doravante a veto do art. 8º da referida Lei, que tratava das atribuições do Conad. Segundo a sistemática do projeto, seria este o órgão hierarquicamente superior ao Sisnad, e tinha a sua previsão no art. 8º do projeto de Lei, considerado inconstitucional, sob a fundamentação de que é de iniciativa privativa do Presidente da República a Lei que disponha sobre a criação de órgãos da administração pública.

### 2.3 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

O bem jurídico protegido no artigo 28 é a saúde pública. Trata-se aqui de bem transindividual, pois o portador da droga, ainda que para consumo próprio, é potencial vetor da difusão do consumo, expondo a perigo a incolumidade pública. A lei não visa proteger a pessoa do consumidor da substância, “mas o de evitar o risco à integridade social” que as drogas acarretam.

### 3 OBJETO MATERIAL

A nova Lei se afastou da nomenclatura da norma passada, que utilizava os termos substância entorpecente ou determine que dependência física ou psíquica. A Lei 11.343/06 optou pelo termo droga. Termo utilizado pela Organização Mundial da Saúde e conhecido popularmente. O artigo primeiro em seu parágrafo único, traz o conceito de drogas como substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, especificadas em listas atualizadas pelo Poder Executivo da União. A portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998 regulamenta as substâncias tidas como drogas. Para a compreensão do conceito de drogas é necessário uma complementação, por meio de uma portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco. (BRASILEIRO, 2015, p. 702).

Tratando-se de matéria tão relevante, parece evidente que a relação de substância ou produtos capazes de causar dependência, para o fim de integrar o conceito Criminal de drogas, merecia regulamentação própria, elaborada especialmente com este objetivo. Enquanto isso não ocorrer, cumpre tentar decifrar o conteúdo do Anexo I da portaria 344/1998, o qual, como era de se esperar, costuma causar dificuldades aos operadores do Direito. (MENDONÇA, 2012, p. 24). Com efeito, o não relacionamento de uma substância que cause dependência física ou psíquica na Portaria, torna a conduta do indivíduo atípica. Além de estar presente na aludida portaria, é necessário apresentar o princípio ativo, isto é, a aptidão 21 para causar dependência física ou psíquica, comprovável por laudo de exame químico toxicológico. (CAPEZ, 2014, p. 463).

A dependência física é uma relação de natureza fisiológica que se estabelece entre o indivíduo e a droga devido ao uso inicial da substância e acaba por desenvolver uma necessidade de continuar a consumi-la. O indivíduo passa a depender do psicotrópico a tal ponto que a interrupção do seu consumo provoca distúrbios capazes de provocar sofrimento físico. A dependência psíquica é a vontade incontrolável de usar a droga, independentemente de existir alguma dependência física. É a compulsão, um desejo mais forte que o autocontrole ditado pela razão. (CAPEZ, 2014, p. 464).

#### 3.1 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa que desenvolva qualquer uma das condutas presentes no tipo penal, é considerado um crime comum. Se tratando de menor de dezoito anos, aplica-se às medidas socioeducativas do ECA, que não podem ser mais graves que as sanções do art. 28 da Lei. Por força do princípio da proporcionalidade, o menor não pode ser punido de forma mais rigorosa do que as previstas no artigo 28. (GOMES, 2006, p. 232).

O crime de porte de drogas para consumo pessoal pode ser praticado por qualquer pessoa. Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade, e não em função da proteção à saúde do próprio usuário, porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade. (BRASILEIRO, 2015, p. 712).

O sujeito passivo é o Estado, a coletividade que fica exposta ao perigo, abstrato, da substância tóxica. Mesmo que a intenção do indivíduo seja o consumo pessoal e sua conduta não transborde da sua intimidade. (CAPEZ, 2015, p. 412).

### 3.2 TIPO OBJETIVO

As condutas típicas previstas no caput do artigo 28 consistem em: a) adquirir, expressa o ato de lograr a aquisição, seja a título oneroso ou gratuito, o que inclui a compra, a obtenção em permuta etc.; b) guardar significa ter sob seu cuidado, sua proteção, seja por conta própria ou de terceiro; c) ter em depósito implica armazenar, manter, em caráter prolongado, num determinado local; d) transportar representa o ato de trasladar de um ponto a outro, transferir de local; e ) trazer consigo tem o significado de ter junto ao corpo, nos bolsos, ou dentro do sapato, ou até interna corporis, como no canal vaginal, e distingue-se da conduta de transportar porque esta pressupõe o uso de um meio de locomoção (automóvel, ônibus, avião etc).

Em todas essas condutas deve estar presente o propósito de consumo pessoal, elemento subjetivo que é o marco distintivo entre esse delito e aquele tipificado no artigo 33 da Lei. 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 (art. 28, § 2.º, Lei 11.343/2006).

A expressão consumo pessoal é mais abrangente do que a de uso próprio, utilizada na lei anterior (Lei 6.368/1976), pois alcança tanto a conduta destinada ao consumo do próprio detentor da substância, bem como o consumo partilhado com terceiro, sem ânimo de disseminação da droga.

A expressão sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é “elemento normativo do tipo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação. Estão presentes no tipo, embora digam respeito à antijuridicidade. Sua ausência torna a conduta não só atípica como permitida”. Assim, será atípica a conduta se o agente tiver autorização de autoridade competente, fundada em lei, para, v.g., adquirir ou transportar a droga; o que só se pode verificar, em caráter de excepcionalidade, para fins medicinais, terapêuticos ou científicos.

A nova lei fez uma adequada correção terminológica ao adotar, seguindo orientação da Organização Mundial de Saúde, o termo drogas em lugar da expressão substância entorpecente utilizada na revogada Lei 6.368/1976, já que substância entorpecente é mera espécie do gênero drogas, e limita-se, na verdade, aos estupefacientes, sendo inadequado seu emprego para designar, v. g., substâncias como a cocaína – euforizante – ou o LSD e a maconha – psicodislépticos, alucinógenos. Drogas, na definição legal, são “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1.º, parágrafo único, Lei 11.343/2006).

Assim como na legislação anterior, os tipos incriminadores da atual lei antidrogas constituem normas penais em branco, isto é, têm a descrição do comportamento proibido incompleta, restando complemento pela norma integradora – outra lei ou ato normativo do Poder Executivo da União.

No parágrafo 1.º, pune-se com as mesmas penas do caput o semeio, o cultivo ou a colheita de plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Semear é

sinônimo de plantar, deitar sementes; cultivar significa cuidar, amansar, fertilizar aquilo que já foi plantado; e colher é apanhar, recolher, fazer a colheita do produto antes plantado e cultivado. Essas condutas devem ter a mesma tendência subjetiva verificada na figura do caput, ou seja, devem destinar-se a consumo pessoal, do contrário o fato terá subsunção no artigo 33, parágrafo 1.º, II, da Lei 11.343/2006.

Demais disso, é indispensável para a configuração dessa modalidade delitiva que a conduta seja destinada à “preparação de pequena quantidade da substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”

## 4 DA REINCIDÊNCIA

Reincidência é caracterizada quando o agente comete novo crime, assim como consta no art. 63 do CP:

"Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior"

Então, para sabermos se pode incidir em reincidência o indivíduo que realiza a conduta do art. 28, é necessário saber primeiro qual corrente será adotada.

Partindo da premissa da doutrina majoritária, que é aquela que considera crime a prática do art. 28, o entendimento doutrinário, quanto à reincidência, não importa ser doloso ou culposo o crime, será passível de reincidência.

Já em relação à corrente que considera o art. 28 como um ilícito "*sui generis*", não será passível de reincidência, pois trata-se de um ilícito "*sui generis*" onde não há possibilidade de condenação por outro crime.

Em suma, através do entendimento doutrinário que é aquele que gera reincidência por se tratar de crime o art. 28, não caberá, portanto, a suspensão condicional da pena (*sursi*), pois tem como requisito para conseguir a suspensão, a não reincidência dolosa do indivíduo.

## 5 DA PRESCRIÇÃO

A prescrição é uma causa extintiva da punibilidade e está prevista no art. 107, IV do Código Penal. É uma situação em que o Estado, em virtude do decurso de determinado lapso temporal, perde o seu *ius puniendi*.

De acordo com o artigo 30 da Lei em comento prescrevem em 2 anos a imposição e a execução das penas, observado no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos art. 107 e seguintes do Código Penal. Como não há previsão de penas privativas de liberdade ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, foi necessária a criação de regra específica para a prescrição das penas restritivas de direitos, as quais, apenas no tocante à interrupção do prazo, seguirão o disposto nas regras prescricionais do Código Penal. (ANDREUCCI, 2013, p. 231).

O art. 30 causa certa estranheza, todavia, quando dispões, em sua parte final, que deve ser observado no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos art.107 e seguintes do Código Penal. Ora, o art. 107 do Código Penal não trata das causas interruptivas da prescrição, mas sim das diversas causas extintivas da punibilidade prevista no nosso ordenamento jurídico (morte do agente, prescrição, decadência, perempção, etc.). Na verdade, as causas de interrupção estão listadas no art. 117 do Código Penal. (BRASILEIRO, 2015, p. 735). Dessa forma, a prescrição punitiva do crime de porte de drogas para consumo pessoal começa a fluir a partir do momento em que o crime estiver consumado, nos termos do artigo 111, inciso I do Código Penal. De mais a mais, não há que se falar em prescrição executória se o agente estiver cumprindo pena por outro crime que empeça de cumprir as elencadas no artigo 28 da Lei de Drogas, como prevê o artigo 116, parágrafo único do Código Penal. (BRASILEIRO, 2015, p. 735).

## 6 NATUREZA JURÍDICA

Os subsídios que sustentam a teoria de que a posse de droga pra consumo pessoal constitui crime, e apenas houve uma despenalização, estão fincados no princípio da legalidade. Dentre estes pode-se mencionar: o art. 28 está inserido no capítulo “Dos crimes e das penas” (capítulo III, título III) da Lei de Drogas; o § 4º do referido artigo fala em reincidência, conceito ligado a prática de uma infração criminosa – de acordo com o art. 63 do CP e art. 7º do LCP é reincidente aquele que pratica nova infração penal, depois de condenado por um crime; o art. 30 da Lei de Drogas regulamenta a prescrição do previsto no art. 28 – apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam; o dispositivo em destaque deverá ser processado e julgado pelo procedimento sumaríssimo (estabelecido pela lei dos juizados), sendo este próprio para crimes de menor potencial ofensivo; o art. 28, por fim, possui penas alternativas às de reclusão e detenção, previstas na CRFB/88, art. 5º, XLVI, as quais podem ser substitutivas ou, como é o caso, principais (SANCHES; GOMES, 2006).

Ressalta L. F. Gomes (2006) que apesar do fato ter sido formalmente descriminalizado, ele continua a ser punido penalmente com outras sanções, não saindo, portanto, do âmbito do Direito Penal. Destarte, no que tange a natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas, considera que houve tão somente uma descriminalização formal da posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, havendo uma despenalização – consistente na suavização da resposta penal, mantendo-se o caráter ilícito do fato, mitigando-se, contudo, o uso da pena de prisão.

### 6.1 HOUVE A DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO

Com o fito de esclarecer se o artigo 28 não mais considera o consumo de drogas como uma conduta criminosa (abolitio criminis – descriminalização), ou se, com a nova Lei, no que diz respeito ao mesmo artigo 28, continua considerando o fato como criminoso, porém com pena mais branda (novatio legis in mellius – despenalização).

Segundo o doutrinador César Dário Mariano, a *novatio legis in melius*, se trata de um novo tipo penal benéfico, no qual traduz que se um determinado indivíduo tiver cometido a conduta tipificada no artigo 16 da Lei 6.368, será julgado e processado de acordo com o artigo 28, recebendo a pena cominada a este artigo. No mesmo sentido, será para o indivíduo que tiver cumprindo pena nos conformes do artigo 16 da Lei 6.368/76, no qual deverá pleitear perante o Juízo da Execução pela substituição o cumprimento da pena de acordo com artigo 28, desde que sejam mais benéficas.

Luiz Flávio Gomes entende que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser "crime" (no sentido técnico).

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal). O legislador de 2006 aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização "penal", mas não legalização. Estamos, de qualquer modo, diante de mais uma hipótese de *abolitio criminis*. (GOMES, 2006).

Rogério Greco, nessa toada, assevera que o que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão-somente descarcerizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade do usuário, sendo, inclusive, proibida sua prisão em flagrante, conforme se resume da redação constante do parágrafo 2º do art. 48 da Lei Antidrogas. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009, p. 54).

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 430.105 pacificou o entendimento que no que tange ao porte de drogas para o consumo próprio ocorreu a despenalização, vejamos:

"Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes.

(L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado”.

E é bem expressivo o voto condutor, redigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do qual se extraem as passagens fundamentais:

“...a conduta antes descrita no art. 16 da L. 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova. Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a L. 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção. A norma contida no art. 1º do LICP – que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária – se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção. Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da “privação ou restrição da liberdade”, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela “lei” (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). IV De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado – inadvertidamente - a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado), verbis ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)): “(...) Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas – Título IV. (...) Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal (...)” Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las –

advertia com precisão o saudoso Ministro Carlos Maximiliano –, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta. Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” e, a partir daí, analisar se, na Lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime. De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. O uso, por exemplo, da expressão “reincidência”, não parece ter um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do C.Penal (C.Penal, art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”). Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do 107 e seguintes do C.Penal (L. 11.343/06, art. 30). Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos – o que justifica a polêmica instaurada desde a sua edição –, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da L. 6.368/76 deixaram de ser crimes. O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º) e L. 9.605/98, arts. 3º 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.”

A mesma orientação seguiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais nº 862.758 – MG, 870.730-MG, 862.758-MG e 820.521-MG.

Dessa forma, não importando o argumento que se adote, a manutenção da classificação de crime ou adoção de uma terceira classificação pelo denominado sistema tripartido, a punição da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 somente com penas alternativas não retira o seu caráter criminoso, devendo-se falar, em verdade, na ocorrência de uma despenalização, em virtude do abrandamento das penas.

## 6.2 DIFERENÇA ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

As questões do uso das drogas não justificam a intervenção do direito penal. As drogas não são vistas apenas como um problema, mas também a proibição passa a ser questionada e ser vista como um problema.

Hoje no Brasil a lei de drogas, prevê duas figuras, o traficante e o usuário.

O traficante é aquele que tem interesse de comercializar clandestinamente as drogas, consideradas ilegais, já o usuário tem objetivo de fazer destinação própria dessas drogas. A distinção feita pela lei é desmedida.

O usuário é punido com a pena não privativa de liberdade, inclusive tem a possibilidade de fazer a transação penal, que é um acordo que evita o processo; já o traficante é punido com a pena mínima de 5 anos e a multa é muito alta, sendo que o tráfico considerado crime hediondo, previsto na lei 8.072/90, no crime de tráfico existe a proibição da pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direito.

O juiz que julgará que julgará o caso em concreto, utilizará como parâmetro alguns critérios estabelecidos no parágrafo 2º do artigo 28:

“§ 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.” (BRASIL, 2006)

Na prática não há critérios objetivos que distinguem o uso e o tráfico, o que torna possível condenar alguém com base em presunção. Não se existe no processo criminal que versa sobre tráfico de drogas, provas concretas que a pessoa se dedica a comercialização das drogas, será uma decisão subjetiva do juiz, claro que ligada ao princípio do livre convencimento motivado do juiz.

## 7 DOS PRINCÍPIOS

### 7.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O direito à liberdade está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, que é considerada a Lex Master e também está preceituado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em nossa Constituição prevê um dos objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre e justa e solidária, posto isso, em seu artigo 5º previu como um dos direitos fundamentais, o direito à liberdade, vejamos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê em seu art. 4º que:

“Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789)”.

Neste mesmo entendimento a Juíza Maria Lúcia Karam, entende que a proibição do uso das drogas é inconstitucional, pois a Constituição garante aos indivíduos o direito à liberdade individual. E em uma Democracia, o Estado só pode intervir na conduta de uma pessoa, quando ela tem um potencial de causar algum dano ao bem jurídico de terceiro, sendo que a conduta de usar algum tipo de drogas é uma decisão privada. Numa democracia, qualquer proibição é uma exceção, sendo a liberdade individual a regra.

Quando o art. 28 da Lei de drogas pune o porte de drogas para uso próprio, há violação ao princípio da liberdade, tendo em vista que o uso de drogas diz respeito unicamente ao usuário e não ao Estado

O Estado não pode impedir que um indivíduo adulto exerça seu pleno direito de liberdade, na qual ele poderá optar usar ou não determinada droga, classificada como ilícita, para interferir na esfera da vida privada de uma pessoa, deverá possuir fundamentos legais para tanto, e no caso do uso de drogas não há nenhuma fundamentação legítima.

A Excelentíssima Juíza Karam leciona que “A prevalência da tutela da liberdade sobre o poder de punir é a pedra de toque do ordenamento processual penal do Estado de direito democrático, estando na origem de todos os princípios garantidores enumerados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas (KARAM, 2007)”.

Sendo que, de acordo com o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

O legislador mesmo ao utilizar como forma de punição a aplicação de medidas socioeducativas aos usuários está afrontando preceitos fundamentais da Constituição vigente em nosso país.

## 7.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

Está previsto também na Constituição o direito à vida privada e a intimidade, como direitos e garantias fundamentais, protegido como cláusula pétrea no artigo 5º, inciso X, vejamos:

“Art. 5º [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1998)

O legislador Cunha Júnior (2010, p. 683) conceitua o direito à privacidade: “assim, a novel ordem constitucional oferece, expressamente, guarida ao direito à privacidade, que consiste fundamentalmente na faculdade que cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano. Nesse sentido, a privacidade corresponde ao direito de ser deixado em paz, ao direito de estar só (right to be alone)”.

Para Fábio Henrique Podestá (1999, p. 207) leciona que:

“A intimidade possui um campo mais restritivo que a vida privada: enquanto na primeira a pessoa busca estar só, recolhida à própria individualidade, na

vida privada a proteção parte de formas exclusivas de convivência em que a comunicação é inevitável, ainda que estrita a pessoas do relacionamento”.

Uadi Lammêgo Bulos também comenta o tema:

“[...] destituído de liberdade de ação longe da perturbação de terceiros, o indivíduo jamais pode dirigir-se por si mesmo, autodeterminando sua conduta e desenvolvendo sua personalidade. [...] quando se fala em vida privada, termo derivado da expressão privacidade, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias (2008, p.147)”.

“A privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida de modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia. Núcleo mais restrito do direito à privacidade e a intimidade compreende as relações e opções mais íntimas e pessoais do indivíduo, compondo uma gama de escolhas que se pode manter ocultas de todas as outras pessoas, até das mais próximas. Representa, pois, o direito de possuir uma vida secreta e inacessível a terceiros, evitando ingerências de qualquer tipo (MASSON, 2016)”.

“A vida privada é mais abrangente e contém a intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais (MASSON, 2016)”.

### 7.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Partido do pressuposto realizado por Claus Roxis, o direito penal não poderá incriminar uma atitude meramente interna do agente, conduta ou pensamentos que são considerados censurados, que são incapazes de interferir no patrimônio jurídico de terceiros. Na premissa de que ninguém pode ser punido por causar mal a si, considerando que uma das características inerentes do direito penal está nas relações penalmente relevante. (MASSON, 2016).

Nesse sentido os juristas Artur Gueiros e Carlos Japiassú (2018, p.199) conceituam o princípio da lesividade / ofensividade:

“(...) O princípio da lesividade é aquele segundo o qual somente pode ser considerada merecedora de tutela penal, a conduta que seja apta a expor a risco ou a causar dano a bem jurídico penalmente relevante. Uma norma penal, portanto, deve necessariamente proteger um interesse jurídico fundamental contra lesões ou risco de lesões. Dessa maneira, veda-se o estabelecimento de delitos que sejam meras infrações de obrigações ou de deveres, o que significaria uma excessiva intervenção estatal, que não pode ser aceita (...)”.

Neste sentido, compreendemos que o estado não poderá intervir no modo como um indivíduo deverá agir se sua conduta não causar lesão ou ao menos perigo de lesão ao bem jurídico alheio.

Com base nesta linha de raciocínio, o juiz de Direito Wagner Carvalho Lima, da 2ª vara Criminal da Franca/SP, rejeitou denúncia oferecida contra um homem preso por posse de drogas para consumo pessoal.

Utilizando da premissa na qual o Estado não poderia punir um indivíduo que gera lesão apenas a si, pois assim interferiria no direito à liberdade e do livre arbítrio. O magistrado Wagner Carvalho Lima, da 2ª Vara Criminal de Franca/SP, rejeitou a denúncia em um processo, relacionado à posse de drogas para consumo pessoal.

Em sua decisão o magistrado utiliza como fundamento a obediência à soberania da CF, no qual afirma que o art. 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional, por violar direito fundamental garantido artigo 5º, inciso X, da Constituição.

Segundo o julgador, a jurisdição penal, deve-se ocupar com casos penalmente relevantes, “Crimes de tráfico de drogas, roubos, latrocínios, furtos merecem mais atenção e dedicação, mas o tempo, dinheiro, recursos e esforço são desperdiçados com ações policiais e judiciais que visam apenas impor uma admoestação verbal a um dependente químico, que sequer tem inteira condição de se determinar frente ao uso de entorpecente.”

No que se refere ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06, CAPEZ (2007, p. 13) se pronuncia dizendo que “[...] poder-se-ia alegar ofensa a este princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal a própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado [...]”.

Segundo PRUDENTE, em artigo publicado no ano de 2008, há dois momentos nos quais o princípio da alteridade é explicitado na referida Lei, um primeiro momento no artigo 4º, em seu inc. I, e um segundo momento no artigo 22 (ambos *in verbis*):

Art. 4º. São princípios do SISNAD:

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

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I – respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social.

Para Gomes (2011), o tema não é de competência da Justiça Penal:

Alteridade (ofensa a terceiros) não se confunde com alternatividade (princípio que conduz ao reconhecimento de um só crime quando o agente realiza, no mesmo contexto fático, vários verbos descritos no tipo). Se em Direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio, quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).

Luiz Flávio Gomes (2010) leciona que:

Quando se trata de posse ínfima de droga, sem nenhum cunho de traficância, o correto não é fazer incidir tais sanções alternativas (tal como preconiza o art. 28 da Lei das Drogas), sim, o princípio da insignificância (ou da ausência de ofensividade), que é causa de exclusão da tipicidade material do fato (GOMES, 2010).

## 7.4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição brasileira, se pronunciou contra este princípio no ano de 2011:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II - 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. III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V - A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI - Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII - Habeas corpus prejudicado.

Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator-Presidente, que indeferia o pedido de habeas corpus, pediu vista do processo o Ministro Dias Toffoli. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 24.08.2010.

Decisão: A Turma deferiu a juntada de certidão e julgou prejudicada a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 15.2.2011.”

Apesar de existir este posicionamento contra, também existe posicionamento a favor do princípio da insignificância, e inclusive está se tornando uma tendência a desconsideração de pequenas quantidades, tanto que se tornou notícia no sítio do Superior Tribunal de Justiça na rede mundial de computadores:

1ª Turma aplica princípio da insignificância a caso específico de porte de droga

Foi concedido, na tarde de hoje (14), pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), o Habeas Corpus (HC) 110475, impetrado pela defesa de um condenado por porte de entorpecente em Santa Catarina. Pela ausência de tipicidade da conduta, em razão da “quantidade ínfima” (0,6g) de maconha que ela levava consigo, a Turma entendeu que, no caso, coube a aplicação do princípio da insignificância.

Segundo o relator, ministro Dias Toffoli, P.L.M. foi condenado à pena de três meses e 15 dias de prestação de serviços à comunidade, conforme o artigo 28 da Lei 11.343/06, pois ele foi preso em flagrante ao portar, para uso próprio, pequena quantidade de substância entorpecente.

A defesa interpôs recurso perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) pedindo a aplicação do princípio da insignificância e, subsidiariamente, a redução da pena em face da confissão espontânea. Porém, o pedido foi negado, tanto pela Justiça estadual, quanto pelo STJ, que alegou que a análise do caso implicaria o revolvimento de provas, incabível em HC.

Para o relator, ministro Dias Toffoli, “a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige que sejam preenchidos requisitos tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e relativa inexpressividade da lesão jurídica”. O que, segundo o relator, ocorreu no caso.

O ministro afirmou, ainda, que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando “estritamente necessários à própria proteção das pessoas”.

Assim, por entender que, no caso houve porte de ínfima quantidade de droga, a Primeira Turma, acompanhando o relator, deferiu o pedido de aplicação do princípio da insignificância e determinou o trancamento do procedimento penal instaurado contra P.L.M., invalidando todos os atos processuais desde a denúncia, inclusive até a condenação imposta, por ausência de tipicidade material da conduta.”

Após a verificação desta última referência pode ser visto que o país tem dado menos importância ao uso de drogas, pois foi observado que o usuário de drogas

brandas não quer fazer mal à sociedade, mas por algum motivo, que só ele mesmo pode dizer, quer fazer uso da droga, frequente ou eventualmente.

Nos casos em que o crime de porte de drogas para o consumo foi cometido por um militar não existe princípio da insignificância, pois para o ordenamento o militar é um defensor da pátria, não podendo cometer crimes como se fosse um civil e por isto será punido independentemente da quantidade trazida consigo. Como é possível ver em um julgamento no Superior Tribunal Militar:

“Ementa

APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRELIMINAR DE NULIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719/2008. REJEIÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Preliminar de nulidade arguida pela Defesa para renovação dos atos processuais, de acordo com o rito da Lei nº 11.719/2008. Inexistência de omissão na legislação processual penal militar quanto à matéria, mas apenas procedimento diverso da regra prevista no CPP, devendo prevalecer o estatuto castrense, considerando o Princípio da Especialidade. 2. O princípio da insignificância não é aplicável ao crime de posse e uso de entorpecentes, independentemente da quantidade apreendida. Precedentes do STF e do STM. 3. É inaplicável a nova Lei de Drogas, uma vez que possui finalidades distintas da legislação penal militar. Esta protege as Instituições Militares e a preservação da hierarquia e da disciplina, de modo a garantir o fiel cumprimento das suas missões constitucionais, e aquela previne o uso indevido de substâncias entorpecentes, além de promover a inserção social dos usuários e dependentes. 4. Rejeitada a preliminar de nulidade e, no mérito, desprovido o apelo. Decisão majoritária.”

## 8 DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA

Do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais decorre o princípio da força normativa da Constituição, que implica que os operadores do direito, quando da aplicação da norma, extraíam dela o máximo de eficácia possível, sem contudo, lhe alteraram o conteúdo.

A superioridade hierárquica expressa a supremacia da Constituição, nos dizeres de Luís Roberto Barroso

[...] é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido. (BARROSO, 2008).

Por supremacia da constituição, segundo José Afonso da Silva, entende-se que: A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país [...] e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela, a Constituição, os reconheça e seja por ela distribuídos.

Ademais do acima dito, a supremacia constitucional é dividida em material e formal.

A supremacia material se refere ao conteúdo material de uma Constituição, isto é, existe supremacia material apenas naquelas constituições flexíveis, ou costumeiras, por outro lado, só há que se falar em supremacia formal na Constituição escrita, quando for a regra da rigidez constitucional que esteja em vigor.

### 8.1 TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADES

Já a inconstitucionalidade material pode ser definida como a produção legislativa ou administrativa que ofenda tanto as Cláusulas Pétreas do Art. 60, § 4º da Constituição, como ofenda direitos materiais (assuntos e temas específicos).

Exemplo claro de inconstitucionalidade material é a criação de uma Lei que desrespeite o voto secreto, tornando-o público. Outro exemplo poderia ser uma Lei instituindo que pessoas de diferentes sexos recebam salário desigual (Verificar *Caput* do Art. 5º da Constituição Federal).

A doutrina também aceita outras classificações de inconstitucionalidade por ação como as por arrastamento, inconstitucionalidade direta, dentre outras. Mas nosso objetivo aqui não é esgotarmos o tema.

Também existe a Inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando um direito garantido na Constituição prevê uma norma regulamentadora, mas tal norma não foi produzida ainda.

Como um grande exemplo, temos o Art. 37, VII da Constituição, que garante o direito de greve aos servidores públicos, cuja norma regulamentadora nunca foi produzida.

A Inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando um direito garantido na Constituição prevê uma norma regulamentadora, mas tal norma não foi produzida ainda.

Como um grande exemplo, temos o Art. 37, VII da Constituição, que garante o direito de greve aos servidores públicos, cuja norma regulamentadora nunca foi produzida.

## 9 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade se apresenta nos sistemas político, jurisdicional e misto. Dá-se o controle político quando essa função está entregue a um órgão de natureza política, como o próprio parlamento, ao Senado, ou mesmo a uma corte especial, constituída através do processo político para esse exame. O controle jurisdicional – *judicial review* – é o sistema que entrega aos órgãos do Poder Judiciário essa defesa da Constituição, é o sistema adotado no Brasil. Já no sistema misto, algumas leis são controladas por um órgão político e outras por órgão jurisdicional.

Portanto, o controle de constitucionalidade consiste no mecanismo de defesa constitucional, assegurando a supremacia contra leis ou atos normativos que possam transcender a superioridade jurídica da Constituição Federal, sendo que a finalidade de parte importante dessa jurisdição é a de “[...] declarar a inviabilidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.” (BARROSO, 2010, p. 85).

A ideia de ordenamento jurídico é idealizada por Hans Kelsen no formato de uma pirâmide jurídica, onde leis inferiores são subordinadas ao texto constitucional, à lei suprema do Estado e “[...] significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a quem confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos, na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.” (SILVA, 2006, p. 45).

O controle de constitucionalidade concreto foi o primeiro a ser criado e surgiu nos Estados Unidos, no caso *Marbury x Madison* (1803). Possui como principais características o fato de ser um controle *ex tunc* e *inter partes*, ou seja, ele produz efeitos retroativos, mas somente às partes litigantes do processo.

Existem dois sistemas ou métodos de controle judiciário de constitucionalidade repressivo: controle concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação e o controle difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção.

### 9.1 CONTROLE DIFUSO

No controle difuso, o interessado arguirá a inconstitucionalidade da lei e o juiz, a reconhecendo, afastará a incidência da norma assim considerada no caso concreto. A repercussão, por isso, é *inter partes*. A norma tida por inconstitucional continuará vigente, exceto para aquele caso concreto.

No Brasil o Tribunal competente para julgar essa matéria é o Supremo Tribunal Federal (STF), é o que se depreende do art.102, I, “a” da Constituição, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). (BRASIL, 1988)

Através do controle difuso de constitucionalidade, o Juiz ou Tribunal verifica se as normas aplicáveis ao caso concreto posto à sua apreciação estão ou não em conformidade com o texto constitucional, deixando de aplicar aquelas contrárias à Constituição. Para a solução do conflito discutido em juízo, o magistrado ou Tribunal deve examinar acerca da constitucionalidade da espécie normativa para, então, decidir sobre o objeto principal da ação. Essa modalidade de controle de constitucionalidade autoriza o magistrado ou Tribunal a decidir sobre a incidência ou a não aplicação da norma no caso concreto, em razão da nulidade do ato inconstitucional.

Aplicação do controle difuso de constitucionalidade realizado pela Juíza Rosália Guimarães Sarmiento, de Manaus, capital do Amazonas em um caso concreto, a juíza declarou inconstitucional o artigo 28 da Lei de Drogas, segundo a magistrada o trecho da legislação viola o princípio da proporcionalidade:

“O embaralhamento que a legislação acaba por proporcionar, retirando a objetividade que deveria existir em toda tipificação de condutas com relevância jurídico-penal ainda proporciona o grave inconveniente de permitir que a solução jurídica do caso concreto contrarie, diretamente, os valores que a Lei de Drogas pretendeu instituir que são: prevenção e repressão. Os dois. Não só o último”, afirmou Sarmiento na sentença.

O Ministério Público recomendou a absolvição de um dos envolvidos e a condenação dos outros dois. Para a juíza, no entanto, nenhum deles deve ser encarcerado, sendo que não existe prova alguma de que a Cannabis apreendida era

destinada ao tráfico, e decidiu pelo encaminhamento dos dois réus a uma clínica de reabilitação.

“Neste quadro, não há outra medida senão prolatar decisão no sentido de desclassificação da infração capitulada na denúncia, sendo preferível correr o risco de livrar solto um (pequeno) traficante de drogas (19,40g de maconha) do que condenar um inocente, resolvendo-se a dúvida em favor do acusado (in dubio pro reo)”, defendeu a juíza.

## 9.2 CONTROLE CONCENTRADO

Controle de Constitucionalidade Concentrado, (também chamado reservado, objetivo, fechado, abstrato ou austríaco) concentra todo o controle nas mãos do Supremo Tribunal Federal, sendo legítimos especiais aqueles que podem propor Ação (apenas os delimitados em norma). Como maior exemplo, temos o Art. 103 da Constituição Federal.

O artigo 103 da Constituição decretou os legitimados ativos, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4.º (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988)

Mendes (2006) acentua que, com essa alteração, foi ampliada a legitimação, pois controvérsias são submetidas ao STF:

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República, no sistema de 1967/69, não provocou uma alteração profunda no modelo

incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES, 2006)

Cabe ao Supremo Tribunal Federal ser guardião da Constituição de modo a garantir o ordenamento:

[...] Ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Desempenha ele, de modo concentrado e, ipso facto, privativo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da Carta da República, nas hipóteses em que cabível. Analogamente a uma corte constitucional do sistema europeu, é atribuição do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal (art. 102, I, a). O sistema federativo vigente no Brasil dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. Assim, prevê a Constituição a possibilidade da instituição de uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º). Embora não haja referência expressa no texto constitucional, é da lógica do sistema que a competência para processar e julgar, originariamente, essa ação (impropriamente referida como representação) seja do Tribunal de Justiça. Mas não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Os detentores da legitimidade ativa encontram-se listados no Art. 103 da Constituição Federal, contudo existe uma pequena distinção entre os legitimados, subdividindo-os em universais e especiais, sendo que:

[...] Os legitimados ativos universais podem propor a ADI e a ADC independentemente da existência de pertinência temática. Enquadram-se nesta categoria o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados Universais são aqueles cujo interesse é subjetivo, não havendo necessidade de demonstração da pertinência temática. São considerados os legitimados universais: Presidente da República, Procurador Geral da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Conselho Federal da OAB e Partido Político com representação no Congresso Nacional

Os legitimados ativos especiais são aqueles necessitam comprovar a pertinência temática como requisito da legitimação, devendo comprovar que o ato normativo ou a lei traz algum prejuízo específico para o estado ou entidade. Enquadram-se nesta categoria: Mesa de Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador de Estado e do Distrito Federal e pelas confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Visto, anteriormente, que o Supremo Tribunal Federal é o detentor da Constituição, exercendo de modo concentrado o controle constitucional, nos termos do artigo 102 da CF, verifica-se a possibilidade de fazê-lo por meio difuso, através do Recurso Ordinário (art. 102, III), tendo em vista que:

[...] Esta norma deixa bem claro que a decisão acerca de questão constitucional, proferida na forma incidental em processo destinado ao exame de caso conflitivo concreto, assim como a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade de competência de Tribunal de Justiça, podem chegar ao STF mediante o sistema recursal, ou melhor, mediante o recurso extraordinário.

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, afetará somente as partes (*inter partes*) e *ex tunc* (desfazendo-se o ato declarado inconstitucional desde sua origem, uma vez que são nulos, sem eficácia jurídica), porém pode o Supremo Tribunal Federal poderá usar como parâmetro o trânsito em julgado como limite para ocorrer os efeitos ou estipular uma data para ocorrer esses efeitos, tornando-os *ex nunc* (prospectivos).

É de suma importância destacar que o princípio possui força normativa, podendo estabelecer qual comportamento é mais propício. Assim, explicada a diferença entre uma norma e um princípio, visualizamos que a violação de um princípio frente a um direito é bastante grave:

A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.

## 10 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.28 DA LEI DE DROGAS

Como já analisado, verifica-se a inconstitucionalidade quando o conteúdo normativo ofende direitos e princípios assegurados pela Carta Superior. Para melhor entendimento, cabe destacar que:

[...] normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Portanto, após discorrer sobre a propositura da ação perante a análise constitucional da matéria, vamos analisar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Parte doutrinária representativa compreende que o ato normativo é constitucional, fundamentando que a saúde pública é o bem jurídico, defendido, na lei. Então, vejamos, como se expressam sobre o tema alguns teóricos.

Para Bacila & Rangel (2015):

[...] Na posse de droga para consumo pessoal, o bem jurídico é a saúde pública, porque não se poderia jamais criminalizar pura e simplesmente a autolesão da pessoa, ou o risco de autolesão. Portanto, há uma presunção abstrata de perigo para terceiros.

Seguindo corrente majoritária, Jesus (2010) definiu que:

Do ponto de vista material, a subsistência do caráter criminoso da conduta se justifica pela lesão ao bem jurídico tutelado na norma, qual seja, a saúde pública. A Lei não pune, com efeito, o consumo da droga (se o fizesse, violaria o princípio da alteridade e o tipo seria inconstitucional); incrimina-se, tão somente, o ato de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo (para consumo pessoal) drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nessas situações, o comportamento do agente vulnera o bem tutelado na norma incriminadora (JESUS,2010)

No entanto, a conduta normativa prevista no artigo 28, da lei de drogas, limita-se tão somente ao âmbito privado do usuário. Aprovando o entendimento de que a violação da lei – posse de drogas para uso pessoal – de que o bem tutelado não é a saúde pública, a juíza aposentada Maria Lúcia Karam segue corrente minoritária a respeito do assunto:

A simples posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.

Apesar de parte dos doutrinadores compreenderem que a norma é constitucional, pelas razões expostas, a seguir, entende-se pela inconstitucionalidade das condutas tipificadas no artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

O estudo criminológico e dogmático da Lei em questão, escrito por Salo de Carvalho (2014), no livro *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06* defende que:

[...] O sustentáculo da programação punitiva ocorre em dois pontos relevantes: (a) ser o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 de perigo abstrato e (b) ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. O discurso da periculosidade presumida do ato (expansividade) e do escopo da lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente, sobretudo, da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista.

## 10.1 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NA SEARA INTERNACIONAL

Foi no preâmbulo da Convenção Única sobre Entorpecentes, adotado pela ONU em 1961, que ficou expresso a absoluta proibição do uso e comércio de drogas. Na época vários países, principalmente os Estados Unidos e alguns países asiáticos, abraçaram o espírito proibitivo da política repressiva da Convenção. Passados quase 50 anos dessa Convenção, as políticas repressivas não surtiram o resultado esperado. Luciana Boiteux analisa alguns exemplos de países europeus que mudaram suas políticas em relação às drogas.

Em sentido contrário ao texto da Convenção, nos últimos anos, porém, vários países europeus, notadamente Portugal e Espanha, têm pautado sua política criminal pela descriminalização ou despenalização do usuário de drogas.

Mesmo tendo ratificado a Convenção em tela, a Holanda, embora ainda mantenha em suas leis a incriminação do uso, em decorrência das obrigações internacionais assumidas, tolera, na prática, tanto a posse como o próprio comércio de cannabis em pequena quantidade, em locais próprios, conhecidos como coffee shops, que possuem licença especial para essa finalidade (BOITEUX, 2009, p.31).

Dessa forma, não importando o argumento que se adote, a manutenção da classificação de crime ou adoção de uma terceira classificação pelo denominado

sistema tripartido, a punição da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 somente com penas alternativas não retira o seu caráter criminoso, devendo-se falar, em verdade, na ocorrência de uma despenalização, em virtude do abrandamento das penas.

## 11 VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Encontra-se atualmente o RE 635.659 no STF, interposto pela Defensoria do Estado de São Paulo, contra um acórdão de uma decisão tomada pelo colegiado do Juizado Especial Criminal, segundo a turma entendeu pela constitucionalidade do art. 28, por outro lado, três ministros já estão combatendo o acórdão da turma recursal, porque segundo os ministros que proferiram seu voto até o momento julgam que o artigo 28 é inconstitucional.

Vamos à síntese do voto de cada um deles, o pensamento atual da corte suprema:

O Ministro Gilmar Mendes aduz que, a subsunção do enquadramento do usuário no artigo 28, fere o princípio da proporcionalidade e não resolve o problema da dependência química do usuário de drogas.

Convém transcrever o voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] (i) declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa; (ii) conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; e (iii) absolver o acusado, por atipicidade da conduta."(RE635659/SP).

Em seguida o Ministro Luís Roberto Barroso diz que a política nacional de combate ao uso de drogas no Brasil se mostra ineficaz, afirmando ainda que, ao criminalizar a conduta do usuário de drogas ele está punindo aquele que deveria ser inserido ou reinserido na sociedade através de tratamento ambulatoriais, dizendo ainda que está ocorrendo o fortalecimento do verdadeiro traficante e das organizações criminosas, e que ao se punir o usuário de drogas, violando o direito à privacidade, direito este elencado na carta magna, inserido no artigo 5º, inciso X, da CF.

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a

descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo,

16 recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. 7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

Já o Ministro Edson Fachin, aduz que o artigo 28 da lei drogas fere a autonomia privada do usuário e da sociedade, sendo que a conduta do usuário não causa lesividade à bem jurídico de terceiros, tal conduta prejudica somente ao próprio usuário, dizendo que na verdade é uma falsa proteção da sociedade, pois qualquer conduta praticada pelo usuário, ele será punido na medida em que for cabível, não precisando assim punir o usuário somente pela conduta do uso da droga, devendo ser fornecido os tratamentos ambulatoriais.

Edson Fachin em seu voto favorável pela inconstitucionalidade do artigo 28 pediu que fosse mantida a proibição do porte e uso de outras drogas ilícitas, exceto a maconha, pedindo ainda que fosse determinada a quantidade de drogas para distinguir o crime de tráfico e porte.

Vejamos a transcrição do seu voto:

[...] (i) declarar a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei nº 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que, descrita no tipo legal, tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; (ii) manter, nos termos da atual

legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; (iii) declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; e (iv) absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Fachin cita Nino (1989), para corroborar sua posição, ao votar pela inconstitucionalidade do Art. 28, alegando que viola o Art. 5º, Inciso X, da CF:

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em primeiro lugar, detém-se em um argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Vale dizer, o uso de drogas é considerado um comportamento moralmente reprovável e, por isso, deve ser combatido por meio de uma resposta penal do Estado. Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado. Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Ou seja, os ideais de excelência humana que integram preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo. Essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito, como soe acontecer nas sociedades liberais. (FACHIN, 2015, Apud NINO, 1989, p.425).

Faltam ainda os votos de oito ministros do Supremo, o ministro Teori Zavascki pediu vista do processo, criando nova suspensão por período indeterminado

## 12 CONCLUSÃO

A discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas não é algo novo em nosso ordenamento jurídico.

A questão foi colocada novamente em pauta devido o Recurso Extraordinário 635.659 apresentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo perante o Supremo Tribunal Federal, na qual pleiteia que seja declarado o artigo 28 norma inconstitucional, sendo que tal recurso perduram-se por três anos sem o devido julgamento.

Como podemos observar alguns doutrinadores já se manifestaram acerca da inconstitucionalidade desta norma, ficando evidenciado que o citado artigo é evidentemente inconstitucional, por violar princípios expressos na nossa Lei Maior.

Até a presente data apenas três dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pela inconstitucionalidade e relataram, com detalhes, a interpretação que corroborou para suas decisões.

O voto do ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade, em relação à Carta Magna.

Concordo com o ministro quanto ao voto que define a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, retirando assim seu caráter penal frente à posse para o consumo pessoal.

Contudo, discordo quanto à manutenção do caráter administrativo quanto ao porte de drogas para o consumo, sendo que a declaração de inconstitucionalidade deverá ocorrer de forma integral, dessa forma não haverá sanções penais, nem tampouco administrativas, tendo em vistas que os usuários necessitam de tratamentos ambulatoriais, como forma de reinseri-los na sociedade.

A alteração realizada através da Lei 11.343/06 feita pelo legislador como forma de abrandar a pena aplicada, não seria suficiente, pois mesmo como aplicação de penas com caráter socioeducativos ainda viola princípios constitucionais inerentes aos indivíduos.

O aumento de consumo ou a procura pelas drogas como justificativa para não declarar a norma inconstitucional é completamente irrelevante, pois a declaração de sua inconstitucionalidade não fará com que outros indivíduos queiram utilizar da droga. Sendo que a vontade algo muito subjetivo de cada indivíduo.

Além disso, o direito penal não deveria agir se a ação de determinada pessoa não interferir em bem jurídico de terceiros, como é o caso do uso de drogas para consumo pessoal.

Destarte, que o reconhecimento da inconstitucionalidade é medida de direito que se impõe, devida as evidentes violações aos preceitos constitucionais.

## 13 REFERÊNCIAS

< <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265998/artigo-16-da-lei-n-6368-de-21-de-outubro-de-1976> >. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 110)

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37341,91041-O+art+28+da+nova+lei+de+toxicos+na+visao+do+Supremo+Tribunal+Federal> > Acesso em 15 de novembro de 2019.

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-art-28-da-nova-lei-de-toxicos-na-visao-do-supremo-tribunal-federal/750> >. Acesso em 16 de novembro de 2019.

< <https://jus.com.br/artigos/17726/analise-do-artigo-28-da-lei-n-11-343-2006-sob-a-otica-do-direito-penal-minimo>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 108/109).

<<https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf> >. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

< <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI5372-15223,00-MARIA+LUCIA+KARAM+PROIBIR+AS+DROGAS+E+INCONSTITUCIONAL.html> >. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 17 de novembro de 2019.

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

MALUF, André Luiz. Critérios objetivos para o porte de drogas. Disponível em: <https://jota.info/artigos/criterios-objetivos-para-o-porte-de-drogas-26112016/> - Acessado em 17 de novembro de 2019.

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141145/R173-02.pdf?sequence=3>>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

< <https://afonsogmaia.jusbrasil.com.br/artigos/379241541/uso-de-drogas-crime-contravencao-ou-fato-atipico-qual-o-atual-entendimento> >. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

< <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1356373/posse-de-droga-para-uso-pessoal-e-crime-logo-incide-falta-grave> >. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

<<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/5953e54d2e2bf.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. A Lei de Drogas Comentada. São Paulo, 2016, p.55).

Masson, Cleber. Código Penal Comentado. 4.ed.rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 10).

Masson, Cleber. Código Penal Comentado. 4.ed.rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 11).

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 108/109).

GUIMARÃES, 2010, p. 26. 29 Ibid., p. 24. 20

<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223463,51045-Posse+de+droga+para+consumo+proprio+nao+e+crime+defende+juiz>>.  
Acesso em: 18 de novembro de 2019.

RIBEIRO, Mateus de Lima Costa. O caso das drogas: Uma análise do RE 635.659 a partir dos princípios da proporcionalidade, lesividade e subsidiariedade do direito penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5508, 31 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60231>. Acesso em: 19 nov. 2019.

<<https://exame.abril.com.br/brasil/placar-no-stf-esta-em-3x0-para-descriminalizacao-de-drogas> > Acesso em: 21 de novembro de 2019.

<<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>> Acesso em: 22 de novembro de 2019

BRASIL. LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>.  
Acesso em: 16 de novembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 6.638, de 21 de agosto de 1976. 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. **Lei de Tóxicos**. Brasília, DF, 21 out. 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: 16 de novembro de 2019.

< <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>.  
Acesso em: 21 de novembro de 2019.

< <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

< <https://jus.com.br/artigos/69935/lei-n-11-343-06>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

< <https://canalcienciascriminais.com.br/principio-da-alteridade-drogas/>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

<<https://jus.com.br/artigos/42689/a-in-constitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

<[https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-inconstitucionalidade-artigo-28-lei-n11343-2006-descriminalizacao-das-drogas.htm#capitulo\\_3](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-inconstitucionalidade-artigo-28-lei-n11343-2006-descriminalizacao-das-drogas.htm#capitulo_3)>.

Acesso em: 23 de novembro de 2019.

< <https://rafinhamurad.jusbrasil.com.br/artigos/265831310/o-artigo-28-da-lei-das-drogas-e-a-analise-de-sua-natureza-juridica>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

<<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44235/despenalizacao-do-uso-de-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019

< <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8339/Consideracoes-acerca-do-controle-de-constitucionalidade-realizado-pelo-Poder-Judiciario-no-Brasil>>.

Acesso em: 23 de novembro de 2019

< <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2608595/no-tocante-ao-controle-de-constitucionalidade-o-que-se-entende-por-legitimados-ativos-universais-e-legitimados-ativos-especiais-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019

< <http://www.unisaesiano.edu.br/biblioteca/monografias/61781.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

<<http://www.professorregisprado.com/Material%20didatico/Power%20point%20Porte%20e%20Tr%E1fico%20de%20Drogas.pdf>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

<<https://leclaro.jusbrasil.com.br/artigos/314432577/artigo-28-da-lei-de-drogas-possibilidade-de-reincidencia-em-crimes-dolosos-e-suspensao-condicional-da-pena>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

<<https://andrefscavalcanti.jusbrasil.com.br/artigos/564899487/o-que-e-controle-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

<[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_140.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_140.pdf)>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

<<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/115/Controle-de-constitucionalidade-Geral>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

<<https://cbdb.com.br/cannabis-medicinal/legislacao/juiza-declara-inconstitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

<<https://fxavier.jusbrasil.com.br/artigos/172672492/da-forca-normativa-e-do-principio-da-supremacia-da-constituicao>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

<<https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/129323317/a-supremacia-da-constituicao>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

< <https://silvimar.jusbrasil.com.br/artigos/628074745/expresso-333-quem-sao-os-legitimados-para-propor-uma-adin>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.