

**Evento:** XXVII Seminário de Iniciação Científica

**A INTERVENÇÃO DA FORÇA PENAL NO CONSUMO PESSOAL DE  
DROGAS: A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NA  
APLICABILIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006<sup>1</sup>  
THE INTERVENTION OF CRIMINAL FORCE IN PERSONAL  
CONSUMPTION OF DRUGS: THE INFRINGEMENT OF INTIMACY AND  
PRIVATE LIFE IN THE APPLICABILITY OF ARTICLE 28 OF LAW  
11.343/2006**

**Natalia Letícia Mendonça<sup>2</sup>, Gabriel Scheuermann<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Projeto de pesquisa realizado no curso de direito da UNIJUI

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). e-mail: natalia.leticia@hotmail.com

<sup>3</sup> Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). e-mail: gabriel.hscheuermann@hotmail.com

**CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Direito Penal brasileiro, através de políticas criminais repressivistas e maximalistas tentou apresentar à sociedade uma solução para a problemática da criminalidade e violência provenientes do tráfico de drogas. Contudo, essa guerra às drogas, essencialmente simbólica, baseou-se apenas na condenação de usuário e traficantes, e não a verdadeira preocupação preventiva e ressocializadora com tais indivíduos, levando o Poder Legislativo a sancionar a Lei 11.343/2006, denominada Lei de Drogas, violando princípios constitucionais, como os da intimidade e da vida privada. Isto posto, o presente estudo analisa, por meios físicos e eletrônicos, e com base na jurisprudência incipiente da Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

**O CONTRADITÓRIO ENTRE A LEI DE DROGAS E A GARANTIA DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA DO INDIVÍDUO USUÁRIO DE DROGAS**

A Lei Federal nº 11.343, implementada no ano de 2006, objetivou tratar juridicamente da questão das drogas no meio social brasileiro, definindo em seu artigo 1º, parágrafo único, estas como toda e qualquer substância ou produto capaz de causar dependência no usuário que a utiliza. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2012), a norma penal apresentou um formato branco heterogêneo ao não conter um rol explicativo de substâncias, dando um leque abrangente do que pode vir a ser considerado droga.

De tal forma, o único norte para esta definição, embora de maneira precária, é a Portaria nº

**Evento:** XXVII Seminário de Iniciação Científica

344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que traz uma lista de substâncias que são proscritas no Brasil, tal como a heroína, bem como aquelas que contam com venda autorizada, desde que com prescrição médica ou que somente podem ser ministradas por estes profissionais (BRASIL, 1998). Todavia, conforme refere Rosa del Olmo (1990), esta diferenciação ainda é muito vaga, pois há uma confusão entre o que realmente leva a distinção das drogas legais e ilegais, pois, ao se elencar diversas substâncias capazes de causar dependência no indivíduo como legais, torna-se imprecisa a classificação das demais.

Neste sentido, o artigo 28 da Lei de Drogas, que define que o indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo quaisquer psicotrópicos, para consumo pessoal, com substância ativa, sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incorre em conduta ilícita, respalda em uma confusão inicial do objeto que deve ser tido como ilícito e ainda pune o agente, não com pena privativa de liberdade, mas a penas de advertência quanto os efeitos da droga, a prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas, ou seja, penas restritivas de direitos.

Assim sendo, denota-se que a construção sobre o que é droga é muito mais social, moral e cultural que jurídica-legal, propriamente dita. Isto por que, a sociedade, ao visualizar o termo droga, remete-se tão somente para as drogas ilícitas, enquanto substâncias como fármacos, álcool e tabaco também são tidos como drogas, eis que detém o condão que causar alterações físicas e/ou psicológicas nos indivíduos. Em concordância, Sintia Soares Helpes (2014) discorre que quem define o que é droga não é o ordenamento legal, mas sim a sociedade, que passa a taxar o usuário de substância ilícita como doente, a droga ilícita como epidemia e cria a dicotomia de “bem e mal” entre as drogas lícitas e ilícitas.

Logo, a conduta do porte de drogas para consumo pessoal ainda é, no ordenamento brasileiro, uma infração penal. Entretanto, a lei falha ao tipificar uma problemática social de saúde pública, atacando-a com o direito penal. Ao adentrar no âmbito do uso, o direito penal passa a violar os direitos à vida privada e à intimidade do indivíduo que está consumindo a substância - direitos estes consagrados no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - sendo que não há previsão para punição da autolesão.

Para enfrentar esta questão, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no ano de 2015, buscou a discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, estando o caso em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 635.659. Conforme alude a parte autora, o artigo referido viola o direito a intimidade e a vida privada dos usuários. Embora, atualmente, seu julgamento esteja suspenso, sem previsão de retorno à pauta, o Ministro Gilmar Mendes (2015), já se manifestou no sentido de que o artigo 28 é inconstitucional, pois fixa como crime o porte de drogas para consumo próprio, estigmatizando o usuário e dificultando a diminuição dos danos e reabilitação do indivíduo.

**Evento:** XXVII Seminário de Iniciação Científica

A conduta do porte para uso pessoal não reflete em violações a sociedade a nível de intervenção e atuação através da força do direito penal, mas sim como problemática de saúde pública. Quanto ao usuário que consome por livre e espontânea vontade drogas de menores toxinas, o Estado se introduz, forçosamente, em sua vida privada, para impor-lhe uma determinada conduta que define como moral; quanto ao usuário dependente, a punição de pena restritiva de direitos não lhe fará a menor diferença, não o reabilitará e, ainda, poderá agravar sua condição.

Nas palavras de Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães (2007, p. 46):

As “penas” a que se submeterá o infrator carecem de carga preventivo-especial. Nem conduzirão o reeducando à ressocialização, nem lhe impingirão um dever-ser de disciplina conforme à noção ético-social. Por um lado, devido ao caráter meramente simbólico das “penas”, que ou a nada submetem o infrator, ou tornam-se, por sua natureza, inexequíveis [...]

Portanto, a permanência da constitucionalidade do artigo 28 é um absurdo jurídico desmedido, eis que estigmatiza o usuário consumidor e deixa o usuário dependente sem proteção de sua saúde – a este não cabe pena, mas tratamento. Ademais, a tipificação penal em nada influencia para a redução do número de usuários, posto que há um considerável aumento ao longo dos anos, principalmente quando se fala nas intensas discussões contemporâneas acerca da descriminalização e uso da maconha (GUIMARÃES, 2007).

Segundo Rosa e Carvalho (2012), não é incumbência do direito penal punir o que a sociedade considera antiético ou imoral, mas sim proteger princípios como os da liberdade, da vida privada e da dignidade humana, que são alicerces de um Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, o enfrentamento da utilização das drogas, no âmbito da dependência, deve ser fomentado com políticas públicas efetivas, baseadas no combate as causas do uso, não as consequências.

Neste diapasão, a própria jurisprudência vem entendendo de forma contrária a lei, conforme ementa colacionada da Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

**APELAÇÃO-CRIME. ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343 DE 2006. POSSE DE DROGAS. DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Impositiva a desconstituição de **decisão que rejeita denúncia oferecida em relação à posse de substância entorpecente, por entender inconstitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006.** [...]. (RIO**

**Evento:** XXVII Seminário de Iniciação Científica

GRANDE, 2018).

Mister é destacar que o indivíduo usuário dispõe de vida social como qualquer outro ser humano, entretanto, está sobre a constante iminência de sofrer sanção por seu exercício ao consumo próprio, que depende apenas de sua vontade. Logo, quando há essa intromissão da força estatal na esfera privada do indivíduo, este tem, naturalmente, violado seus direitos garantidos como ser humano, e, portanto, os direitos à liberdade, intimidade, e, essencialmente, à vida pessoal.

Por fim, é inegável que a punição do consumo e porte de drogas não reduziu as estatísticas do uso e do tráfico, sendo fundamental discutir a sua inconstitucionalidade, em prol dos direitos constitucionais e em benesse do indivíduo que não objetiva ocasionar prejuízo à terceiros ou incorrer em fato típico. Por fim, deverá a luta contra a utilização das drogas, como problema social, ser tratada de modo geral, com iniciativas de políticas públicas efetivas acerca da conscientização do consumo e de suas consequências, amparando-se, essencialmente, no diálogo entre os indivíduos e no distanciamento da imposição da força estatal punitivista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição dos argumentos e da análise aludida, é possível verificar que a aplicabilidade do artigo 28 da Lei de Drogas e, conseqüentemente, do porte para uso pessoal, trata-se de disposição conservadora estatal que objetiva, através de ordenamento jurídico, impor sua força e a estigmatização de um indivíduo que busca, plenamente, exercer seu direito à vida pessoal e à intimidade, carecendo o sistema punitivo de reestruturação e de imperiosa desestigmatização do usuário de drogas, devendo arremeter contra as causas da utilização, bem como efetiva conscientização social, refletindo, desta forma, na garantia da consolidação prática dos princípios constitucionais de seus cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 28 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. **Lei das Drogas**. Disponível em: . Acesso em: 27 jun 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. **Portaria nº 344, de 12 de maio**

**Evento:** XXVII Seminário de Iniciação Científica

**de 1998.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, 1998b. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.** 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>> Acesso em: 27 jun 2019.

CARVALHO, Gisele Mendes de. ROSA, Gérson Faustino. CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOA: Paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública? In: **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 923, p. 327-381. Set. 2012.

CEBRID. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. **Livreto informativo sobre drogas psicotrópicas.** 2014. Disponível em: . Acesso em: 28 jun. 2019.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A nova orientação político-criminal para o crime do uso de droga. In: **Revista CEJ.** Brasília, Ano XI, n. 37, p. 44-47, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/875/1057>> Acesso em: 27 jun. 2019.

HELPEL, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo:** um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. vol 1.

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

RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 71007585417.** Autor: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Réu: Cristiano Trojil Leite. Relator: Edson Jorge Cechet. Jaguarão: 23 de abril de 2018.