

FACULDADES INTEGRADAS RUI BARBOSA- FIRB

JAMERSON EMIDIO

**LEI DE DROGAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI
11.343/2006**

Andradina – SP

2023

FACULDADES INTEGRADAS RUI BARBOSA- FIRB

**LEI DE DROGAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI
11.343/2006**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de Andradina – SP das Faculdades
Integradas Rui Barbosa – FIRB como requisito
parcial da obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Dra. Maria Fernanda Paci
H. Shimada

Andradina – SP

2023

JAMERSON EMIDIO

LEI DE DROGAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito nas Faculdades Integradas Rui Barbosa- FIRB. Defendido e aprovado em (13/06/2023), pela banca examinadora constituída por:

Prof(a).Orientador(a): Maria Fernanda Paci H. Shimada

Instituição: Faculdades Integradas Rui Barbosa - FIRB

Assinatura:  _____

Prof(a). Larissa Satie Fuzishima Komuro

Instituição: Faculdades Integradas Rui Barbosa - FIRB

Assinatura:  _____

Prof(a). Ana Paula Biagi Terra

Instituição: Faculdades Integradas Rui Barbosa - FIRB

Assinatura:  _____

NOTA: 10,0 (dez)

Aprovado () Reprovado

Andradina, 13 de junho de 2023.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, minha amada esposa Renata e minha luz de vida, minha amada filha Manuela, por todo o apoio e todas as palavras de incentivo, que me fortaleceram e fizeram seguir em frente nesta jornada.

Agradeço a cada dia, a cada mês, e anos, que elas estiveram ali, fortes e totalmente determinadas em conduzir-me até este momento, de conquista e alegria.

Agradeço a Deus por estar ao meu lado, vivenciando este magnífico momento, agradeço por toda garra, determinação e batalhas vencidas durante esta fascinante jornada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata da Lei de Drogas, com ênfase no artigo 28 da Lei 11.343/2006, sob a ótica da inconstitucionalidade presente no mesmo artigo. O objetivo deste trabalho é analisar a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da intimidade, da vida privada e da lesividade, próprios do cidadão/usuário, tendo origem em objetivos específicos para identificar os princípios jurídicos utilizados para embasar as decisões jurisprudenciais, como também entender os aspectos do contexto fático abordados nos julgados. Adotou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, pesquisando artigos científicos, doutrinas, legislação e jurisprudência. Concluiu-se, pelos estudos, que se faz necessário um avanço na legislação, no sentido de que, a norma do artigo 28 da Lei 11.343/2006, seja descriminalizada, ou seja, atípica. Assim, ensejando o controle e a regulação das drogas, como consequência da legalização, tirando-a da esfera penal e tratando-a realmente como caso de saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE:

Lei de drogas. Usuário. Inconstitucionalidade.

SUMMARY

This monographic work deals with the Law on Drugs, with emphasis on article 28 of Law 11,343/2006, from the perspective of the unconstitutionality present in the same article. The objective of this work is to analyze the violation of the principles of human dignity, freedom, intimacy, private life and harmfulness, typical of the citizen/user, originating from specific objectives to identify the legal principles used to support decisions jurisprudence, as well as understanding the aspects of the factual context addressed in the judgments. The methodology of bibliographic research was adopted, researching scientific articles, doctrines, legislation and jurisprudence. It was concluded, by the studies, that an advance in the legislation is necessary, in the sense that, the norm of article 28 of Law 11.343/2006, is decriminalized, that is, atypical. Thus, giving rise to the control and regulation of drugs, as a consequence of legalization, taking it out of the criminal sphere and really treating it as a case of public health.

KEY WORDS:

Drug law. User. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIAÇÃO DA LEIS DE DROGAS	10
3	FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006.....	12
3.1	O ARTIGO 28 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURIDICAS	13
3.2	DESCRIMINALIZAÇÃO OU NÃO DO ART. 28, ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAS.	14
4	ENTENDIMENTO DO STF.....	18
4.1	PRINCIPIOS QUE REGEM A NÃO CRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28. .	20
4.2	PRINCÍPIO DA ALTERIDADE	20
4.3	PRINCÍPIOS DA INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA	20
4.4	PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....	21
5	A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006.....	23
6	DIREITO COMPARADO	26
6.1	ARGENTINA – A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS	26
6.2	URUGUAI – A LEGALIZAÇÃO DA MACONHA.....	28
6.3	A LEY Nº 19.172/13.....	29
6.4	REGULAMENTAÇÃO DA LEY Nº 19.172/13	30
6.5	BRASIL E A DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA	33
7	O RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 635.659.....	35
8	OS VOTOS EMITIDOS PELOS MINISTROS DO STF.....	37
8.1	VOTO DO MINISTRO-RELATOR GILMAR MENDES	37
8.2	VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN.....	38
8.3	VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO	40
9	CONCLUSÃO.....	42
10	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por finalidade o estudo do artigo 28 da Lei 11.343/2006, da Lei de Drogas, provenientes da tipificação do ato de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, drogas para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na presente análise, observamos o que está disposto no artigo 28, na qual, possibilita a interferência direta na vida privado do cidadão pelo Estado.

Ficando evidente, na análise do dispositivo, a violação dos princípios da subsidiariedade e da alteridade, ou seja, tão somente que prejudique apenas o próprio agente, e não atinjam bem jurídico de terceiro.

Vemos também, que o perigo social daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio, não se sustenta.

Temos duas posições sobre o tema, uma segue o viés da inconstitucionalidade, por violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana.

Além do que, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal, contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem praticou. Já a segunda posição, entende que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional.

Além disso, não houve a descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, onde a subjetividade do agente está presente, e este elemento subjetivo ser ignorado, é um equívoco gritante, que acaba por violar vários princípios constitucionais, e deste modo, torna-se inevitável a sua imediata descriminalização.

O Brasil demonstra o seu modelo atual, voltado para a despenalização, onde não há pena restrita de liberdade para o usuário, e sim, penas de medidas educativas, que interferem na escolha do indivíduo, e não existem um parâmetro que diferencie o usuário do traficante. Já na Argentina, vemos que houve descriminalização do uso de drogas para consumo pessoal com critérios objetivos para distinguir o usuário do traficante. E no Uruguai, houve a legalização da Maconha, regulando a plantação,

cultivo, colheita, produção, elaboração, coleta, distribuição e dispensação da Maconha, com critérios objetivos para o uso e sem imposição penal.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIAÇÃO DA LEIS DE DROGAS

A evolução histórica das leis de drogas no Brasil tem seu início no ano de 1915, com a criação do decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro, que foi baseada na Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados em Haya, a 23 de janeiro de 1912, visando medidas para impedir o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela conferência Internacional do Ópio, realizada no 1º de dezembro de 1911. Sendo esta, especificamente, a primeira legislação de proibição do uso de drogas tornadas ilícitas no Brasil.

Para aumentar ainda mais a repressão às drogas, foi editado o decreto nº 4.294 de 1921, que era formado por 13 artigos, que acrescentou mais drogas ao rol de substâncias que passaram a serem proibidas.

Foi outorgado, em 1938 o Decreto-Lei nº 891, com mais ações capazes de regular eficientemente a fiscalização de entorpecentes, justamente, por causa do recrudescimento e combate ao tráfico de drogas.

O Código Penal, de 1940 e 1941, previu o crime de tráfico e de posse de substâncias com efeito entorpecente, com aplicação de sanção de prisão de 1 a 5 anos para os infratores.

Durante o regime militar brasileiro, em 1976, foi aprovado a lei 6.368, que na qual determinava as “medidas de prevenção e de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”. Lei esta que seguia rigorosamente os rumos da política de “guerra às drogas” produzida pelo Presidente Richard Nixon, dos Estados Unidos da América, em 1971.

Em 1988, com a nova Constituição Federal, o tráfico de drogas no Brasil, passou a ter condição de crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII).

E com o início da década de noventa, especificamente com a criação da Lei nº 8.072/90 de crimes hediondos, esta lei, acabou por trazer um agravamento ao crime de tráfico de drogas.

No ano de 2006 foi revogada a Lei 6.368 de 1976, por meio da publicação da Lei 11.343 de 2006, na qual revogou os dispositivos anteriores, criando políticas nacionais de combate ao tráfico de drogas e de tratamento dos dependentes químicos, e também diferenciou as figuras do usuário de drogas tornadas ilícitas e do traficante.

Com a lei 11.343 de 2006, inclusive, criou-se o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e elaborou medidas de prevenção do uso indevido de drogas ilícitas, assim como, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes químicos.

3 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

O legislador por meio da Lei 11.346/06 adotou às penas mais educativas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento à programa ou curso, tratando assim, de forma mais moderada o novo texto.

As condutas que são expostas no caput do art. 28, § 1º configuram crime, uma vez que, abarcam o usuário que adquire, guarda, e que tenha em depósito, ou que traga consigo ou transporte droga para o seu consumo pessoal.

Tais condutas, não acarretam para o usuário a pena privativa de liberdade, visto que, os crimes de consumo comportam a despenalização.

E para determinar se a droga é para consumo pessoal o juiz deverá observar a quantidade, local e condições da apreensão, circunstâncias sociais e pessoais, bem como conduta e antecedentes do acusado.

Porém, o abolitio criminis está afastado, pois o tipo penal está tipificado no dispositivo, ensejando para o usuário penas de advertência sobre os efeitos das drogas, como; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, conforme o art. 28 da Lei 11.343/2006;

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

De fato, as penas aplicadas neste dispositivo são condescendentes, e por si só, estas penas até sugestionam, que, o legislador na elaboração da norma, conjecturou pela atipicidade da conduta do usuário, mas que na prática, acabou viabilizando a criminalização do usuário, e assim, violando o direito fundamental do cidadão à intimidade de sua vida privada.

Podemos perceber que, da conduta do usuário de drogas, quando possuidor do entorpecente, para consumo pessoal, que referida conduta não fere bem jurídico de terceiros, e levando em consideração, que nesta conduta, o único prejudicado é o próprio usuário.

Salienta-se ainda que, tão somente, que a criminalização de condutas individuais, só é plausível, como dito anteriormente, se causar dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros.

3.1 O ARTIGO 28 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A lei de drogas em seu art. 28 estabelece a figura do usuário de drogas:

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 á programa ou curso educativo.

Assim, de fato, vimos que o art. 28, não prevê pena de prisão, por porte de drogas, todavia, importante reiterar que a droga deve ser concretamente para consumo próprio, agora, se ficar configurado traficância, será tipificado o tráfico previsto no art. 33, com pena prevista de 5 a 15 anos e multa.

Descortinamos no art. 48 § 1º da lei de drogas que a competência para julgar e processar são dos Juizados Especiais Criminais. Já no § 2º é nítido que não haverá prisão em flagrante para o usuário, entretanto, a subjetividade da autoridade policial, na prisão do usuário, no sentido de entender que a quantidade enseja traficância, pode gerar infortúnios para o usuário.

Sabemos que o porte de drogas para consumo pessoal não gera prisão, porém, não podemos afirmar que a quantidade de drogas é o único indicador para diferenciar o porte do tráfico. No § 2º do art. 28 aduz sobre o tema;

§ 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.

Dessa forma, não é a quantidade de droga que vai diferenciar a traficância do porte, mas a natureza, ou seja, qual tipo de droga apreendida, e deverá ser levado em consideração local e as circunstâncias.

3.2 DESCRIMINALIZAÇÃO OU NÃO DO ART. 28, ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAS.

Podemos afirmar se houve a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal? Qual a natureza jurídica do art. 28? Sabemos que os arts. 2º e 107, III do CP, exprimem uma abolitio criminis, causa de extinção de punibilidade, operando a cessação da execução e dos efeitos penais da sentença condenatória, inclusive os secundários.

Dessa discussão, surgiram três correntes, a primeira delas, o professor Luís Flávio Gomes, alega que houve uma “descriminalização formal” da conduta de portar drogas para consumo pessoal, de modo que o art. 28 configuraria uma “infração penal sui generis”, afastando-se do conceito de crime e da definição de contravenção penal.

A referida tese se apoia no Decreto-Lei nº 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal – LICP)⁹, que em seu art. 1º está disposto:

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

Segundo a LICP, o tipo penal deve conter em sua norma secundária, sempre, uma sanção restritiva de liberdade, sob pena de não ser considerado crime.

A segunda corrente, minoritária, serve-se muito da tese anterior, apesar disso, vai além: defende ter havido uma “descriminalização substancial”, ou seja, um verdadeiro abolitio criminis, de tal modo que o art. 28 sequer faria parte do Direito Penal, e não integraria o Direito Administrativo, e sim ao Direito judicial sancionador, “seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final, no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados”.

A terceira posição, que é majoritária, reitera com segurança que o art. 28 ostenta status de crime, que apenas ocorreu uma “despenalização”, a qual pode ser caracterizada da seguinte forma:

Aplicar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que objetivam, sem preterir o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução.

Este conceito tem o seu cerne na Constituição Federal, no art. 5º, XLVI, que assim dispõe:

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

[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

[...]

A privação de liberdade é apenas uma das penas previstas e, a expressão “entre outras” demonstra que o rol exposto no supramencionado dispositivo é tão somente exemplificativo, vez que autoriza o legislador ordinário a prescrever outras sanções.

Portanto, se um tipo penal não prevê a restrição de liberdade como uma de suas penas, não ocasionará a sua descaracterização como crime.

Atualmente, a controvérsia encontra-se pacificada, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca do assunto:

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.

A mudança trazida pela Lei de Drogas de 2006, referente à punição do porte de drogas para consumo pessoal, com distinção no tratamento entre esta conduta e o tráfico de drogas, não significou descriminalização (abolitio criminis), mas tão só uma despenalização, excluindo-se a sanção de privação de liberdade para o tipo, de modo que sua natureza de crime – e não de infração penal sui generis – foi mantida.

No mesmo sentido argumenta Fernando Capez:

“Não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei). A LICP está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI.” (CAPEZ, 2006).

Sem a descriminalização, a despenalização faz-se palpável, assim como aponta Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba: “A nova lei de tóxicos manteve o crime no art. 28. Não se pode falar em descriminalização, porém seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. (...) o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável a substituição da sanção penal” (FILHO, SALIBA, 2007, p. 07).

4 ENTENDIMENTO DO STF

O Recurso Extraordinário 430.105-9; RJ, o STF através do Ministro relator Sepúlveda Pertence fundou entendimento favorável a corrente contrária a descriminalização do art. 28, havendo tão somente a despenalização:

“STF; 1ª Turma; Recurso Extraordinário; 430105 QO / RJ - Rio de Janeiro; 13 fev. 2007. EMENTA:I. 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.” (R. E430.105-9; RJ).

Nesse passo, os julgadores seguiram o posicionamento defendido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgados abaixo expostos:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16 C. C. 18, IV, DA LEI 6.368/76. REINCIDÊNCIA. ART. 28 DA LEI 11.343/06. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização". RE 430105 2811.3432. Ordem denegada. (90090 DF 2007/0210677-3, Relator: Ministro ARNALDOESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 03/12/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010).

DIREITO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS. II - CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28, CAPUT, LEI N.º 11.343/06. CONDUTA DELITUOSA DEFINIDA COMO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E QUE, POR SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA, FOI CONSAGRADA À JUSTIÇA RESTAURATIVA. INFRAÇÃO SUJEITA A PROCESSO COLABORATIVO PELA NOVA LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS. OPÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO IMPLICA ABOLITIO CRIMINIS. O LEGISLADOR ORDINÁRIO AO EXCLUIR, PARA O DELITO DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, A APLICAÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NÃO DESPENALIZOU A MENCIONADA CONDUTA, TENDO APENAS INSTITUÍDO NOVOS INSTRUMENTOS PARA SEU COMBATE. - TIPICIDADE CONFIGURADA AINDA QUEÍNFIMA A QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ILEGAL APREENDIDA. O USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, CONQUANTO ESTEJA DENTRE OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, NÃO SE CARACTERIZA COMO DELITO DE BAGATELA, EIS QUE SOCIALMENTE PERCEPTÍVEL A GRAVIDADE DE QUE SE REVESTE TAL CONDUTA, A QUAL, POR RETIRAR A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO USUÁRIO, É CAPAZ DE LEVÁ-LO À CONDIÇÃO DE COMPLETA DEGRAÇÃO HUMANA. IV - RECURSO CONHECIDO, MAS A ELE NEGADO PROVIMENTO. (277663120068070007 DF 0027766-31.2006.807.0007, Relator: DIVA LUCY IBIAPINA, Data de Julgamento:14/09/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 06/10/2010, DJ-e Pág. 187)

4.1 PRINCÍPIOS QUE REGEM A NÃO CRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28.

4.2 PRINCÍPIO DA ALTERIDADE

Veda a incriminação de conduta que não ofende nenhum bem jurídico. Sendo assim, podemos afirmar que a condenação de usuários de drogas afronta o princípio da alteridade.

Ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si mesmo. Ou seja, uma conduta, que não venha ferir bem jurídico alheio, mas a si próprio, nesse sentido, é atípica a conduta do agente que pratica autolesão.

É nítido, que pelo princípio da alteridade, o usuário não poderá sofrer nenhuma punição por sua conduta, desde que não lesionem bens jurídicos de terceiros.

4.3 PRINCÍPIOS DA INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA

Princípios estes, que estão assegurados em nossa Constituição Federal de 1988, garantindo autonomia e liberdade do indivíduo. Agora, no que concerne ao usuário, sobre o consumo pessoal de tóxicos, este princípio, afasta a interferência do Estado, no que tange a subjetividade do usuário de se entorpecer.

Os princípios da intimidade e a vida privada estão previstos no art. 5º, X, da CF, e assim estão descritos;

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

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

Além do mais, os princípios aludidos da intimidade e vida privada têm a finalidade de garantir a liberdade do indivíduo, até mesmo frente ao Estado, pois não há motivos para punir o usuário, especialmente, em sua esfera privada.

Nesse sentido, trago o voto oral do Ministro Barroso do RE 635.659 RG/SP – SÃO PAULO:

Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área (BRASIL, 2015, pp. 7/8)

4.4 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Conhecido como intervenção mínima, é notável que o legislador ao tipificar a conduta disposta no artigo 28, caput, não observou este princípio, pois o usuário ao fazer uso de substâncias psicoativas, não deveria sofrer qualquer punição, mesmo que administrativa, e sim, se necessário utilizar de tratamento, e não passar por penalizações, como a primeira opção (*prima ratio*).

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 86-87), sobre o princípio da intervenção mínima, por sua vez ensina;

Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

O princípio da intervenção mínima pode ser extraído da lição de Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 13);

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

quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

O artigo 28 da Lei 11.343/2006, tem em seu disposto diversas condutas que são descritas como criminosas, tendo como bem jurídico protegido à saúde pública, porém, não é clara a violação deste bem jurídico, não existe a sua afetação.

Pois, o ato do usuário, em seu consumo próprio, não alcança terceiros, não há em se falar em perigo à saúde pública, e nem os verbos nucleares do artigo, tem esse alcance.

O Estado não pode desconsiderar o princípio da lesividade, e querer punir o usuário na esfera íntima de sua conduta, no caso de autolesão, ao adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas.

Punir o usuário ultrapassa o desproporcional, mesmo que as penalidades aplicáveis tenham viés pedagógico.

Podemos aqui, também analisar que a condenação pelo art. 28 da lei de Drogas não gera reincidência, por não ser punível com pena privativa de liberdade, e sobre este mesmo entendimento, temos decisões do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo

descumprimento, como no caso das penas substitutivas. 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. 5. Recurso improvido. (grifo acrescido, REsp 1.672.654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 21/08/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ARTIGO 273, § 1º E § 1º-B, I e V, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DELITO SEM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INFRINGÊNCIA LEGAL QUE NÃO CONFIGURA REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. É desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF. 4. Com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas a título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base. Precedentes. 5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória. (grifo acrescido, HC 550.775/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 06/02/2020)

Similarmente, em recente decisão, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, assentou o entendimento de que plantação de maconha para consumo pessoal não é crime.

Segundo a firmeza do Superior Tribunal de Justiça: *“Não é possível que o agente responda pela prática do crime do art. 34 da Lei n. 11.343/2006 quando a posse dos instrumentos configura ato preparatório destinado ao consumo pessoal de entorpecente”* (RFC 135.617/PR).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de sua Sexta Turma, assentou entendimento no julgamento do Recurso em Habeas Corpus (RHC) de n.º 135.617 / PR, não há como tipificar a conduta do agente no artigo 34 da Lei 11.343/06, quando o mesmo possuir apetrechos para preparar substâncias entorpecentes para consumo pessoal, aqui, não há lesão ao bem jurídico visado pelo legislador, que é a saúde pública.

Acerca do tratamento penal conferido ao usuário, a Sexta Turma salientou:

DEPÓSITO DE ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL E POSSE DE OBJETOS DESTINADOS AO PLANTIO DE CANNABIS SATIVA. CRIME DO ART. 34 DA LEI N. 11.343/2006. DELITO AUTÔNOMO. NÃO CONFIGURAÇÃO. (...) Por fim, é consenso jurídico que o legislador, ao despenalizar a conduta de posse de entorpecente para uso pessoal, conferiu tratamento penal mais brando aos usuários de drogas. Nesse contexto, se a própria legislação reconhece o menor potencial ofensivo da conduta do usuário que adquire drogas diretamente no mercado espúrio de entorpecentes, não há como evadir-se à conclusão de que também se encontra em situação de baixa periculosidade o agente que sequer fomentou o tráfico, haja vista ter cultivado pessoalmente a própria planta destinada à extração do óleo, para seu exclusivo consumo. (RHC 135.617-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/09/2021.) (grifo acrescido).

Criminalizar a posse de drogas para uso pessoal, é ofender à privacidade, como também fere à intimidade do usuário, pois o indivíduo detém o controle sobre o seu corpo, e não é o Estado que determinará se fará uso ou não do entorpecente, enquanto o usuário respeitar o bem jurídico de outrem.

Isto posto, é perceptível o vício, a lesão causada a princípios constitucionais, na qual, o legislador não se atentou a desarmonia do artigo 28 da Lei 11.343/2006, dando ensejo a sua inconstitucionalidade.

6 DIREITO COMPARADO

Vários países tem debatido sobre o porte de drogas para consumo pessoal, especialmente na América Latina, onde podemos destacar, nossos vizinhos; Argentina e Uruguai.

E no Brasil, tratando-se da liberação de substâncias psicoativas para consumo pessoal, transfigura-se em uma temática repleta de dissonância.

A discussão legal, doutrinária e jurisprudencial de cada um destes países, as suas ações e reações sobre o uso de drogas e o usuário de drogas, que ampliaram a sua visão sobre o tema, para que assim, possam apontar e diferenciar o traficante do usuário.

No Brasil, ainda o usuário é penalizado pela égide do artigo 28 da Lei 11.343/2006, onde a referida norma legal não ocasiona a aplicação de pena privativa de liberdade, mas acarreta penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, e tais penas acabam por oportunizar a sua inconstitucionalidade.

6.1 ARGENTINA – A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

Na Argentina, a descriminalização do uso de drogas para o consumo pessoal, não foi pacífico, pois quem possuísse entorpecentes em seu poder, para consumo pessoal, era punido com reclusão de um (1) a seis (6) anos e multa de cem (\$ 100) a cinco mil pesos (\$ 5.000), conforme o artigo 6º da Ley 20.771/74, ao que se segue, hoje revogada:

Artículo 6º - Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$ 100) a cinco mil pesos (\$ 5.000) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal.

A Suprema Corte Argentina, com base nos princípios da Intimidade, da Vida Privada e da Liberdade individual dos cidadãos, concluiu que o direito penal não é um remédio para o problema do uso de drogas, e que o artigo 6º da Ley 20.771/74,

não deveria prosperar, e assim, o declarou inconstitucional, pois violava o artigo 19 da Constituição Nacional da Argentina:

Artículo 19º - Las acciones privadas de los hombres que de ningun modo ofendan al orden y a la moral publica, ni perjudiquen a un tercero, estan solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningun habitante de la Nacion sera obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe.

Assim, a Suprema Corte da Argentina manifestou-se a favor da descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal, por confrontar a Constituição e princípios constitucionais.

Entretanto, foi promulgada a Ley 23.737/89, que tipificava a conduta do uso de drogas para o consumo pessoal no artigo 14, §2º, da referida lei:

Artículo 14 — Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

E a Suprema Corte da Argentina considerou a constitucionalidade do artigo 14, tendo um novo entendimento de que não houve violação do dispositivo constitucional.

Fundamentaram sua decisão, no sentido de que se fossem a favor da descriminalização, seria o mesmo que o governo se responsabilizar pelos danos causados, tanto para o usuário e para a sociedade.

Além dessa alegação, basearam-se nos princípios da intimidade e privacidade, demonstrando na qual, que o efeito da droga no individuo excederia o limite da intimidade e da privacidade, afetando a coletividade social, e que seria passível de castigo, por estar afetando a saúde pública.

Assim, a Ley 23.737/89, artigo 14, §2º, validada pela Suprema Corte da Argentina, torna-se eficaz e utilizada no ordenamento jurídico argentino.

No ano de 2009, a Suprema Corte Argentina declarou inconstitucional a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, que era previsto no ordenamento jurídico (artículo 14, §2º, da Ley 23.737/89).

A inconstitucionalidade ocorreu, porque o artículo 14, §2º, da Ley 23.737/89 não era compatível com os princípios da privacidade e autonomia pessoal garantidos pelo artigo 19 da Constituição Argentina:

Artículo 19º - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

A Ley 23.737/89, acabava por permitir, que tanto o traficante quanto o usuário, recebessem o mesmo tratamento perante a lei, indiferentemente.

E se faz necessário, ressaltar, opondo-se a esta lei, que a conduta praticada pelo usuário de drogas, de porte pessoal não viola de nenhuma forma a saúde pública e o bem jurídico, mas sim, reafirmar o respeito a autodeterminação dos cidadãos.

Na qual, cada indivíduo possui autonomia, sendo soberano em suas decisões, livre do ato de interferir do estado, tendo o direito de dispor de sua vida, de seu corpo, de seus atos, na qual ele é dono de sua moral e de si mesmo.

6.2 URUGUAI – A LEGALIZAÇÃO DA MACONHA

O Uruguai legalizou a maconha e seus derivados, promulgados pela Ley Nº 19.172/13, onde o Estado disporá do controle e da regulamentação sobre a importação, produção, aquisição, armazenamento, comercialização e distribuição e o consumo da droga.

O intuito era ajudar a reduzir os potenciais riscos e os danos sofridos por usuários da maconha recreativos ou medicinais, uma vez que lançavam mão do mercado ilegal para obter a substância, assim, envolvendo-se com práticas criminosas.

Ocorre que, a guerra às drogas, fadada a falhar terrivelmente, não obteve êxito em pôr fim a disseminação das drogas, mesmo utilizando-se de ações severas contra indivíduos que descumprisse a lei, entretanto, tal esforço, só contribuiu para o aumento criminoso do tráfico mundial, na qual ficou demonstrado, evidenciado e explicitado o verdadeiro fracasso da guerra contra as drogas.

Com a finalidade de frear e desestabilizar o mercado ilegal e quebrar as organizações criminosas, o Estado trouxe para si, a responsabilidade em importar, produzir, adquirir, armazenar, comercializar e distribuir, e assim, desinchar o sistema prisional, sanear os gastos públicos voltados para a repressão inoperante.

A intenção dos uruguaios era de criar um instrumento para separar do mercado a maconha de outras drogas, reduzindo o número de novos indivíduos a consumir drogas mais perigosas, como a cocaína.

Inserindo os usuários de maconha na sociedade de forma positiva, sem repressão e aplicação da lei penal, como também, promovendo programas educativos para orientar o indivíduo na tomada de decisão.

Combater o narcotráfico, e a corrupção gerada por ele, também é objetivo principal desta lei, onde o Estado deve usar o seu poder punitivo e repressivo para atingir a riqueza advinda do mercado ilegal de drogas.

6.3 A LEY Nº 19.172/13

O Estado detém o controle e a regulamentação sobre a maconha e seus derivados, bem como a importação, exportação, plantação, cultivo, colheita, produção, aquisição, armazenamento, comercialização, distribuição e o consumo.

O legislador desde o princípio demonstrou preocupação com a saúde pública e do usuário, para dirimir os riscos e danos causados pela maconha, orientando o indivíduo em sua decisão, conforme disposição abaixo:

Artículo 1º.- Decláranse de interés público las acciones tendientes a proteger, promover y mejorar la salud pública de la población mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños del uso del cannabis, que promueva la debida información, educación y prevención, sobre las consecuencias y efectos perjudiciales vinculados a dicho

consumo así como el tratamiento, rehabilitación y reinserción social de los usuarios problemáticos de drogas.

A nova norma não revoga o Decreto-Ley Nº 14.294/74, que trata sobre a comercialização e uso, e assim também, criando medidas contra o comércio ilícito de drogas, onde os artigos quinto ao oitavo apresenta em seu rol mudanças significativas da Ley de estupefacientes (Decreto-Ley Nº 14.294/74).

Já os artigos terceiro e quarto, tratam de princípios gerais, na qual declara que todas as pessoas tem direito a saúde pública e ao mesmo tempo utilizar-se dos espaços públicos, uma vez que é garantido o direito de liberdade consagrado na Constitución de la República em seu artigo 7º:

Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

A norma faz referência ao combate ao narcotráfico e ao crime organizado, e ao vínculo ilegal do usuário ao comércio de substâncias psicoativas, e suas consequências sociais e econômicas:

Artículo 4º.- La presente ley tiene por objeto proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico buscando, mediante la intervención del Estado, atacar las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado.

Com a intervenção do Estado, a presente Lei tem como objetivo proteger o indivíduo em relação à associação com o crime organizado, tráfico e comércio ilegal, já que o usuário se torna vulnerável a esse sistema quando depende dessas substâncias para alcançar a satisfação, mesmo sendo vítima das drogas e do narcotráfico.

6.4 REGULAMENTAÇÃO DA LEY Nº 19.172/13

Regulamentar as disposições da norma foi uma tarefa que o poder Executivo do Uruguai teve que cumprir após a promulgação da Ley Nº 19.172/13, ocorrida em dezembro de 2013.

Foi decretada a regulamentação pelo Presidente José Alberto Mujica Cordano em 06 de maio de 2014, dando início à produção dos seus efeitos.

A regulamentação se concentra no uso da planta Cannabis para consumo pessoal e fins medicinais, com a finalidade de definir o objeto e examinar as nuances do tema, como conceito:

Se entiende por Cannabis psicoactiva a las sumidades floridas con o sin fruto de la planta hembra, exceptuando las semillas y las hojas separadas del tallo, cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1% en su peso.

A regulamentação estipulou medidas para o controle da Cannabis, de modo que toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, envolvida nas atividades relacionadas à planta deve seguir as regras estabelecidas, como plantar; cultivar; colher; coletar; distribuir e dispensar conforme o artigo quinto da regulamentação, é imprescindível que as farmácias que comercializam Cannabis possuam registro de licenciamento no IRCCA.

Artículo 5º. La plantación, cultivo, cosecha, industrialización y distribución de Cannabis psicoactivo para su dispensación en Farmacias, podrá ser realizado por aquellas personas físicas o jurídicas que hubieren obtenido la licencia correspondiente que será otorgada por el IRCCA.

Dessa forma, cabe ao IRCCA emitir a autorização para que as farmácias possam comercializar a Cannabis.

Os usuários devem atender a certos requisitos para adquirir a Cannabis, de acordo com a regulamentação, como ser cidadão uruguaio natural ou legal e ter residência permanente no Uruguai.

Para poder cultivar em casa, é necessário ser maior de 18 anos e ter capacidade legal, conforme o artigo 15º da lei:

Artículo 15º. Solo podrán ser titulares de un cultivo doméstico aquellas personas físicas capaces, mayores de edad, ciudadanos uruguayos naturales o legales, o quienes acrediten su residencia permanente en el país, conforme a los requerimientos que establezca el IRCCA, siempre que se encuentren inscritas en el Registro del Cannabis en la Sección Cultivo Doméstico de Cannabis Psicoactivo.

A norma regulamenta o cultivo de cannabis, que é limitado a até seis pés e 480 gramas por ano. Os cidadãos uruguaios podem portar até 40 gramas, conforme alínea —E, do Artigo 5º da Ley 19.172/13:

E) La plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar. Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales.

Cidadãos uruguaios têm a opção de se associar para utilizar a Cannabis, com a associação variando entre 15 e 45 membros e o limite de plantação sendo de até 99 pés, com base na alínea F do Artigo 5º da Ley 19.172/13:

Los clubes de membresía deberán tener un mínimo de quince y un máximo de cuarenta y cinco socios. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de la recolección de la plantación un máximo de acopio anual proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el uso no medicinal de cannabis psicoactivo.

Assim, o Uruguai, por meio do Estado, buscou controlar as drogas, em especial a Cannabis, por meio da legalização, que permite a regulamentação e supervisão do cultivo, plantação, importação, exportação, uso pessoal e medicinal.

Foi criado um limite mínimo e máximo para a associação de clubes de cannabis, visando uma atuação objetiva, para fiscalização e controle da cannabis, foi criado o IRCCA, para assegurar o cumprimento das regras.

O Uruguai se tornou pioneiro no direito internacional ao legalizar a Cannabis, uma substância entorpecente com efeitos psicoativos.

Contudo, os objetivos da Lei são muito maiores do que a dependência ou o abuso no consumo da substância, sendo uma regulamentação com o objetivo de diminuir os riscos e danos trazidos por outras drogas, orientando o indivíduo em sua escolha, ou seja, a escolha de consumir ou não a maconha deve ser dele, por

ter a habilidade de distinguir o que é vantajoso ou desfavorável para si próprio, e eliminar o tráfico que movimenta grandes quantias no país.

6.5 BRASIL E A DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA

O Brasil possui uma política antidrogas extremamente repressiva, onde teve uma forte influência do clamor popular, que pedia insistentemente por uma ação por parte do Estado, e que tal ação fosse efetiva no combate as drogas, e assim, influenciado pelos Estados Unidos, iniciou-se a ação repressiva no combate as drogas, e de certo modo, ao usuário também.

Nos dias atuais, a lei em vigor no atual momento no país, inovou em relação ao usuário de drogas, de que não há pena privativa de liberdade, mas apenas penas de advertência, a despenalização da conduta, porém, essas medidas ferem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do usuário, pois o mesmo com sua conduta, não ofendendo terceiros, não há como justificar, por parte do Estado, qualquer reprimenda penal.

Por conseguinte, o legislador manteve na nova norma, da lei nº 11.343/2006, a disposição para a persecução penal criminal, diante da conduta do usuário de drogas.

A penalização do uso de drogas, tornou-se um equívoco, pois o mesmo é um meio de combate absolutamente questionável, não conclusivo e sem nenhuma relação com o fim da criminalidade.

Em relação ao usuário, a forma jurídica adotada descriminalizou e ao mesmo tempo a despenalizou, na qual o fato deixou de ser crime, porém, continua dentro do direito penal.

Podemos entender melhor a demanda sobre a descriminalização e a despenalização, conforme exprime Alice Bianchini: É descomunal e cada vez mais evidente, cristalino e certo, que o fato de possuir droga para consumo pessoal invoca a qualidade de criminoso, pois a conduta do usuário é punível penalmente, mesmo sendo branda.

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser

crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do campo do direito penal (transforma o –crime numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização –penal) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial).

Despenalizar é outra coisa. Significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração.

É descomunal e cada vez mais evidente, cristalino e certo, que o fato de possuir droga para consumo pessoal invoca a qualidade de criminoso, pois a conduta do usuário é punível penalmente, mesmo sendo branda.

7 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 635.659

O Recurso Extraordinário RE 635.659, tramita no Supremo Tribunal Federal, de repercussão geral reconhecida, na qual versa da descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal.

No julgamento em questão, o enfoque da análise foi a incompatibilidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em respeitar as garantias constitucionais da intimidade e vida privada do agente.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o recurso em favor de um condenado por porte de drogas para uso pessoal, por portar 3g (gramas) de maconha. Desta forma, a Defensoria contrapôs a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, por violar o art. 5º, X, da Constituição Federal.

Três Ministros do STF votaram a favor da descriminalização, de maneira que dois deles, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso delimitaram a matéria unicamente na descriminalização ao uso e porte exclusivo da maconha, e dessa forma, continua mantida a proibição do porte e uso das demais drogas ilícitas.

O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu o limite de até 25 gramas de maconha para caracterizar o uso, embora, ainda hoje, não tenha um limite quantitativo e legal, que possa diferenciar o usuário do traficante, mesmo que o legislador tenha conferido tratamento diferenciado a estes.

O Relator do Recurso Extraordinário, o Ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, pois em seu entendimento, a criminalização desvirtua o usuário, e que tal punição é desarmoniosa, compromete medidas de prevenção e redução de danos, do mesmo modo que, demonstra ser ineficaz no combate às drogas, além de causar prejuízo do direito constitucional à personalidade.

A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, afronta diretamente a garantia fundamental abrigada no artigo 5º inciso X, CF, que cuida da inviolabilidade à vida privada, à honra, imagem, o direito à intimidade e o direito

do indivíduo de decidir por si mesmo, achando-se livre a praticar qualquer conduta que não transcenda a esfera íntima.

Quando se discute a arguição penal ao porte de drogas para consumo pessoal, a essência deste questionamento é sobre a violação a bem jurídico fora da esfera do próprio usuário.

A discussão sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal iniciou em agosto de 2015, e sem previsão de retomada do julgamento até hoje.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo entrou com pedido de suspensão de todos os processos criminais em tramitação no Brasil atinentes ao porte de drogas para uso pessoal. Desde a morte do ministro Teori Zavascki, o Recurso está parado e aguardando apresentação de voto do ministro Alexandre de Moraes.

8 OS VOTOS EMITIDOS PELOS MINISTROS DO STF

Os votos pronunciados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, apresentaram argumentos decididos pela inconstitucionalidade do artigo 28, da lei de drogas que, posta como está, viola princípios constitucionais.

Dos onze ministros, apenas três se manifestaram e concluíram seus votos, todos se condisseram contrários ao artigo 28, com argumentos bem explicitados e fundamentados na lei, assim, deste modo, declarando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

8.1 VOTO DO MINISTRO-RELATOR GILMAR MENDES

O ministro-relator Gilmar Mendes em seu voto declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, pois alegou ausência da natureza penal de toda norma e seus efeitos, entretanto, escolheu manter as medidas de natureza administrativas previstas na lei em vigor.

Nada obstante quanto ao tipo do elemento ilícito, entendendo, que o porte de nenhuma droga ilícita produzira efeitos penais, e ainda, que o autor da conduta deverá comparecer a juízo, assim, impronunciando o acusado, por atipicidade da conduta.

Vejamos que o douto ministro asseverou a importância da discussão, em relação ao assunto:

[...] Em todo o mundo, discute-se qual o modelo adequado para uma política de drogas eficiente. A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal.

Conforme os direitos constitucionais determinados no artigo 5º, inciso X da CF/88, no caso específico, o relator Gilmar Mendes assim considerou:

[...] É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

Por outro lado, o Ministério Público defende que o ato normativo é constitucional, e que o bem jurídico é a saúde pública.

Parecer do Douto Relator:

[...] Afigura-se claro, até aqui, que tanto o conceito de saúde pública, como, pelas mesmas razões, a noção de segurança pública, apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal.

8.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

Em seu voto, o Douto ministro estabeleceu por:

[...] (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.

O douto ministro declarou a inconstitucionalidade da norma, restringindo a declaração apenas para uma específica droga, no caso, a maconha, cannabis sativa e determinou, ao legislativo, critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, e quantidades mínimas de porte de substâncias, como parâmetro de diferenciação de ambos, e da mesma forma, proporcione políticas públicas sobre drogas.

A inclusão de critérios objetivos é de extrema importância, pois é necessário a distinção entre usuário e traficante, conforme discorre em seu voto o douto ministro:

[...] Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga.

Ao votar pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, o ministro Edson Fachin citou Nino (1989), para fundamentar sua posição, argumentando violação do 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).

8.3 VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O ministro Luís Roberto Barroso mostrou-se determinado quanto à legitimidade da descriminalização da maconha, a cannabis sativa, para uso pessoal:

(i) a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas; (ii) à luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 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; e (iii) provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Assim, o ministro Luís Roberto Barroso declarou pela inconstitucionalidade do Artigo 28, e sendo favorável à descriminalização para consumo próprio da maconha, porém, restringindo a discussão somente a cannabis sativa.

Em seu voto, evidenciou que os critérios objetivos para distinguir o usuário do traficante é de suma importância.

Como também, discorreu sobre a violação da norma diante do princípio da proporcionalidade:

[...] É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.

Para o ministro, a inadequação de medidas restritivas, a criminalização, comprometem a saúde pública:

[...] O teste da proporcionalidade inclui, também, a verificação da adequação, necessidade e proveito da medida restritiva. A criminalização, no entanto, não parece adequada ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública. Não apenas porque os números revelam que a medida não tem sido eficaz – o consumo de drogas ilícitas, inclusive da maconha, tem aumentado significativamente –, como pelas razões expostas acima: a saúde pública não só não é protegida como é de certa forma afetada pela criminalização.

9 CONCLUSÃO

Portanto, em face do exposto, conclui-se que o artigo 28, da Lei 11.343/2006, da Lei de Drogas, oferece ensejos para que seja declarada a sua inconstitucionalidade, e assim, evidenciando que o Estado fere a intimidade e a vida privada do indivíduo.

No momento em que for declarada sua inconstitucionalidade, o Estado não poderá mais agir, no sentido de macular a liberdade de escolha de cada indivíduo, que exercerá sua autonomia de vontade, sem que haja crime, pois o que se estará prejudicando, será o seu próprio bem jurídico, e não o de terceiros.

Caberá ao Estado, o papel de informar sobre as políticas públicas afirmativas a respeito do dano que a droga causa a saúde da pessoa, e não colocar o usuário como criminoso.

Vemos que o usuário é uma vítima do Estado, que na qual possui o direito de punir, o direito de reprimir, colocando o usuário na criminalidade, retirando-o da esfera da saúde pública, que é realmente o lugar de direito deste tema, onde deve ser tratado, de fato.

Pois mesmo que as penas sejam brandas, o usuário é visto como vilão, alimentado pelo Estado, que de forma fria e calculista, o insere neste contexto, que viola todos os princípios abarcados na Carta Magna, a dignidade da pessoa humana, da liberdade, da intimidade, da vida privada e da lesividade, do cidadão/usuário.

Na América do Sul, o Brasil é um país diferenciado, pois passou adotar o modelo da despenalização, ou seja, não há pena de prisão, mas medidas de penas alternativas para o usuário.

Na Argentina, o artigo 14, §2º, da Ley 23.737/89, foi considerado inconstitucional, pois o mesmo feria os princípios da privacidade e autonomia pessoal garantidos pelo art. 19 da Constituição Argentina. Logo, por consequência ocorreu a descriminalização, onde cabe ao juiz definir se a droga é para uso pessoal ou para o tráfico.

O Uruguai se tornou o primeiro país a legalizar o uso da Maconha para consumo pessoal, através da lei 19.172/13, que traz critérios objetivos para o uso, permissão para o auto cultivo, quantidade permitida, e associação para o cultivo e consumo. E a criação de um instituto para o controle e fiscalização da Maconha no país – o IRCCA.

Um modelo que respeita e garante aos indivíduos os princípios da liberdade, intimidade e vida privada, como também, cria mecanismos de autoajuda para dependentes, para assim, combater de forma ativa o narcotráfico e respeitando a escolha do indivíduo.

Logo, este modelo uruguaio, se qualifica como o mais adequado para a legalização, determinando limites de uso, combatendo o tráfico, e também o narcotráfico, para que possa, com excelência controlar, fiscalizar e regularizar o uso de drogas, e assim, possibilitar aos indivíduos a escolha, garantindo os princípios constitucionais inerentes do ser humano.

E por fim, com todas as considerações apresentadas, sobre o aludido dispositivo, é altamente necessário, que esta lei seja revista, que a esfera penal seja retirada, e que entre em cena um cuidado todo especial, voltado para que o tema seja tratado no âmbito da saúde pública, voltadas à educação, prevenção ou medidas terapêuticas dedicadas à reinserção do usuário na comunidade.

E que a insistência em se manter o status quo, desta lei perdurar, somente será semeada a dor, o preconceito, a conservação do retrocesso, a perda de oportunidades para fazer realmente o inverso, para que combata com efetividade esta inconstitucionalidade, que ainda encontrasse adormecida no seio da sociedade, no campo do debate amplo, aberto e construtivo.

Como escreveu e cantou Marcelo D2, na música Dig Dig Dig (Hempa) do grupo Planet Hemp, no álbum usuário; “Eles um dia vão ver que a lei estava errada”

10 REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ARGENTINA, Ley 23.737, de 10 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegln ternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ARGENTINA. Suprema Corte, “Arriola y otros”. Fallo A:891:XLIV, 2009. Disponível em: <<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=671140>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ARGENTINA. Suprema Corte, Fallo “Bazterrica”. Julgado 308:1392, 1986. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=90668>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ARGENTINA. Suprema Corte, Fallo “Montalvo”. Julgado 313:1333, 1990. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=61648>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 13ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2008 p. 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo – Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 2015. Disponível em: (<<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-04.pdf>>). Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP. Primeira Turma. Relator (a) Gilmar Mendes. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2023. Voto Min. Luís Roberto Barroso..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 135.617 Paraná**. Depósito de Entorpecente para Uso Pessoal e Posse de Objetos Destinados ao Plantio De Cannabis Sativa. Crime Do Art. 34 Da Lei N. 11.343/2006. Delito Autônomo. Não Configuração. Relatora: Min. Laurita Vaz, 14 de setembro de 2021. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(RHC.clas.+e+@num%3D%22135617%22\)+ou+\(RHC+adj+%22135617%22\).suce.](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(RHC.clas.+e+@num%3D%22135617%22)+ou+(RHC+adj+%22135617%22).suce.)>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 550.775 São Paulo**. Penal. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Próprio. Inadequação. Artigo 273, § 1º E § 1º-B, I E V, Do Código Penal. Dosimetria. Pena-Base acima do Mínimo Legal. Maus Antecedentes. Condenação anterior pelo Art. 28 Da Lei 11.343/2006. Fundamentação Inidônea. Delito Sem Pena Privativa De Liberdade. Infringência legal que não Configura Reincidência ou Maus Antecedentes. Flagrante Ilegalidade Evidenciada. Writ Não Conhecido. Ordem Concedida de Ofício. Relatora: Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858053642/habeas-corpus-hc-55775-sp-2019-0367449-6>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.672.654 São Paulo**. Recurso Especial. Direito Penal. Tráfico de Entorpecentes. Condenação anterior pelo delito do Artigo 28 da Lei de Drogas. Caracterização da reincidência. Desproporcionalidade. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@COD=%270632%27+E+@CNOT=%27016769%27>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Nova Lei de Tóxico - Das modificações legais relativas à figura do usuário - Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 25, p.105-99, jan./jun. 2007.

COUTO, Cleber; GÓES SILVA, Túlio Leno. **A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas**. 2015. Disponível em: < <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-in-constitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 09 mai 2022.

DOUGLAS, Wallynson. **A inconstitucionalidade do artigo 28 da lei nº 11.343/2006 e a descriminalização das drogas**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/juiza-antecipa-stf-declara-inconstitucional-artigo-lei-drogas>>. Acesso em: 09 mai 2022.

FILHO, Vladimir Brega e SALIBA, Marcelo Gonçalves. **A nova Lei de tóxicos: Usuários e dependentes – descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Pena, nº 16, 2007, p.07.

GOMES, Luiz Flávio. Drogas, **Descriminalização e Princípio da Insignificância**. 25 de fevereiro de 2010. Disponível em <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci**. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBEIRO, Maurides.de. M. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2013. 9788502206977. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502206977/>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

ROVER, Tadeu. **Juíza se antecipa ao Supremo e declara inconstitucional artigo 28 da Lei de Drogas**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/juiza-antecipa-stf-declara-inconstitucional-artigo-lei-drogas>>. Acesso em: 11 mai 2022.

URUGUAY. Comisión Especial de Drogas y Adicciones, con fines Legislativos. Marihuana y sus Derivados. 2012. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/pdfs/repartidos/camara/D2012080945-00.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

URUGUAY. Constitución de la República. Disponível em:<<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

URUGUAY. Instituto de Regulación y Control de Cannabis. Historia Institucional. Disponível em: <<http://www.ircca.gub.uy/creacion-del-ircca/>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

URUGUAY. Ley 19.172, de 20 de Dezembro de 2013. Disponível em:<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19172&Anchor=>>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

URUGUAY. República Oriental Del URUGUAY, Cámara de Senadores. Marihuana y sus Derivados. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/pdfs/repartidos/senado/S2013120962-00.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

URUGUAY. Reglamentario Marihuana. Presidência República Oriental Del Uruguau. Disponível em:<http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/decretos/2014/05/cons_min_847.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.