



Registro: 2022.0000087514

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1526757-06.2019.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante CLAUDINEI PEREIRA DE ALMEIDA, é apelado JUSTIÇA PÚBLICA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Turma Criminal - Santos do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram do recurso e, preliminarmente, declararam a inconstitucionalidade incidental do art. 28 da Lei 11.343/06, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Juizes WILSON JULIO ZANLUQUI (Presidente) E ORLANDO GONÇALVES DE CASTRO NETO.

São Paulo, 1º de agosto de 2022

Gustavo Henrichs Favero

Relator

Assinatura Eletrônica



1526757-06.2019.8.26.0223 - Fórum de Guarujá
Apelante CLAUDINEI PEREIRA DE ALMEIDA
Apelado Justiça Pública

Voto nº 09/2022

**USO DE DROGAS (ART. 28 DA LEI 11.343/2006).
CONDUTA ATÍPICA. CONTROLE INCIDENTAL DE
CONSTITUCIONALIDADE. TÉCNICA DA NULIDADE
PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. RECURSO
CONHECIDO E PROVIDO.**

I - O bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei no 11.343/06 é a "integridade física" e não a "incolumidade pública", diante da ausência de transcendência da conduta, e a Constituição da República (art. 3º, I, e art. 5º, X), declara como Direito Fundamental a liberdade da vida privada, bem como a impossibilidade de penalização da autolesão sem efeitos a terceiros.

II - Inválido, juridicamente, o argumento corrente de que a criminalização se justificaria no combate ao tráfico. Embora com alguma lógica cartesiana, a afirmação esbarra no princípio de que, em direito penal, as condutas devem ser individualizadas, não se punindo aquele que não causou, direta ou indiretamente, o perigo ou o dano.

III - Coibir comportamentos individuais, através da tutela penal, praticados na esfera íntima do indivíduo, atenta contra a dignidade humana, a pluralidade, a intimidade e a isonomia, todos previstos na Constituição Federal (CF, artigos 1º, III, V, e 5º, caput e X). O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente.

IV - É arbitrária, portanto, a punição de alguém que apenas desejou ingerir algo, causando mal unicamente a si próprio. A criminalização do uso de drogas, ou do porte



para o uso delas, configura restrição indevida da liberdade. Procura-se, com isto, marginalizar pessoas cujos hábitos são condenados por parte da população, o que se afigura inadmissível, conforme o artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

Trata-se de recurso (fls. 131-137) interposto contra sentença que julgou procedente a pretensão punitiva (fls. 98-99), condenando o Réu como incurso no art. 28, inc. II e parágrafo 3º da Lei 11.343/06, à sanção de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 03 (três) meses.

No bojo das razões recursais o Apelante pretende a reforma do julgado, postulando a absolvição do réu, e, subsidiariamente, a imposição de penalidade mais branda, diversa da prestação de serviços à comunidade, como advertência.

Contrarrazões apresentadas (fls. 141-146), salientando a existência de elementos de convicção para a condenação.

Despachando determinando a manifestação das partes acerca da oposição ao julgamento virtual (fls. 155).

Parecer do Ministério Público (fls. 159-162) asseverando a necessidade de manutenção da sentença objurgada.

Breve o relato do necessário.

Conheço do recurso interposto porquanto presentes seus requisitos intrínsecos de admissibilidade, isto é: cabimento (art. 593, inc. I do CPP e art. 82, § 1º da Lei 9.099/95), legitimidade-interesse (art. 577 do CPP) e inexistência de fato impeditivo ou extintivo. Na mesma senda, também presentes os requisitos e extrínsecos de admissibilidade: tempestividade (art. 593, *caput* do CPP e art. 82, *caput* da Lei 9.099/95), regularidade formal e preparo, este dispensado, ante a AJG.

Pois bem.

O processo instaurou-se e desenvolveu-se regularmente, não havendo nulidades a serem declaradas. Com efeito, o Juízo é competente, respeitou-se o direito



de defesa e garantiu-se o contraditório do acusado.

Ainda, estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, inexistindo alegações das partes de outros vícios processuais.

Em observância ao princípio constitucional da motivação das decisões (art. 93, inc. IX da CRFB), densificado infraconstitucionalmente pelos arts. 11 e 489, § 1º, inc. IV do CPC – e aplicados ao processo penal na forma do art. 3º do CPP – passo a analisar toda causa de pedir recursal.

De chofre, adianto que para julgar com acuidade o processo o juiz deve se valer do princípio da razoabilidade no âmbito da hermenêutica penal, tendo em vista que a interpretação com base em critérios absolutos só é aplicada com as ciências exatas, o que, indubitavelmente, não é o caso. O processo penal não é uma linha de montagem mecânica, na qual se produz de maneira linear e repetitiva. Ressalto isso porque, em que pese o respeito ao posicionamento Ministerial, entendo que a inicial acusatória não propicia um juízo de admissibilidade positivo, já que a conduta do denunciado é de ser tida por atípica.

Esclareço, ainda, antes de passar à fundamentação, que a análise será feita estritamente sob a perspectiva técnica da dogmática jurídica penal-constitucional. Não será analisado valorativamente se o consumo de drogas é bom ou ruim, bem como se a criminalização do porte para consumo é uma política pública boa ou ruim, mas tão somente se é constitucional ou não. Ou seja, o que se discute é a constitucionalidade da repressão **penal** do consumidor de drogas, sem que se entre no mérito da autorização geral do consumo ou da legalização de sua comercialização. Os debates sobre os prejuízos e benefícios das drogas não fazem parte desta discussão.

Também não será abordado o argumento empírico a respeito a efetividade ou não da criminalização para redução do consumo, pois, conforme bem expõe Luís Greco em artigo analisando a decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre o tema: “O argumento da efetividade acima exposto apresenta fraquezas que, a rigor, se situam em dois planos: primeiramente na maneira como o argumento é desenvolvido na decisão, e, além disso, num plano mais fundamental, que diz respeito



ao alcance geral de tais argumentos empíricos [...]O fato de que o consumo de drogas tenha crescido não significa que a proibição seja ineficaz, pois - ainda que se pressuponha que os dados levantados reflitam fielmente a realidade - não se pode saber se esses números não teriam subido ainda mais sem a proibição [...]O déficit, porém, é que esse argumento tampouco poderá obstar a uma nova mudança da jurisprudência, dessa vez em sentido inverso. Pense-se apenas na hipótese altamente plausível de que os futuros levantamentos de dados registrem um ulterior aumento do consumo de drogas. Aqui se vê um problema geral de qualquer argumento empírico: conclusões derivadas de argumentos empíricos dependem da situação do mundo e são portanto contingentes, porque não apenas o nosso conhecimento do mundo, mas o próprio mundo como objeto desse conhecimento está em constante mudança. Se se quiser recorrer ao empírico para deduzir conclusões liberais, em especial limites ao poder do Estado, é de ter-se o cuidado de caracterizar esse argumento clara e expressamente como uma consideração adicional. Do contrário, não se fortalece, mas sim se acaba enfraquecendo o postulado limite ao poder estatal, uma vez que esse limite agora passa da situação contingente em que se encontra o mundo” (**Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo.** Rbccrim, São Paulo, v.18, n.87, nov/dez 2010).

A definição de quais substâncias são consideradas ilícitas se encontra na Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998 (ver artigo 66 da Lei 11.343/06) e nesta definição se incluem todas as previstas no Anexo I (ver, p. ex., REsp. 1.444.537/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/4/2016, DJe 25/4/2016).

Trata-se de denúncia oferecida tendo em vista a subsunção do Réu ao disposto no art. 28, da Lei nº 11.343/06, porque no dia 18 de dezembro de 2019, por volta de 14h00m, na Rua Gáspar da Silva, próximo ao nº 551, Pae Cará, nesta cidade, foi surpreendido enquanto guardava consigo, para uso próprio, uma porção da substância entorpecente “Cannabis Sativa L”, conhecida vulgarmente por “maconha”, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



Consente-se que simbolicamente a Lei 11.343, que revogou a Lei 6.368/76 “representa uma nova política na seara das drogas” (HASSON, Felipe. **Drogas: Constituição, Democracia e Liberdade**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.p. 156).

Na seara do Direito Penal, afirmam Zaffaroni e Pierangelli: "todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados" (**Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2013. p. 95).

No caso vertido, entendo que não há presença de tipicidade material da infração penal prevista no art. 28 da Lei de Drogas (nesse sentido, doutrinariamente: BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 66; BATISTA, Vera Malaguti. **O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel**. Revista Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, pp. 191-192; CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *passim*; VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, *passim*).

No caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei no 11.343/06 é a "integridade física" e não a "incolumidade pública", diante da ausência de transcendência da conduta, e a Constituição da República (art. 3º, I, e art. 5º, X), declara como Direito Fundamental a liberdade da vida privada, bem como a impossibilidade de penalização da autolesão sem efeitos a terceiros. Destarte, **declaro a nulidade parcial sem redução de texto do art. 28 da Lei nº 11.343/06** (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Consistucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 453-462. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 274).



Na mesma linha foi a decisão da Corte Suprema Argentina, a qual declarou inconstitucional a criminalização de pequenas quantidades de droga para consumo próprio, consoante explica Sckmunck, da Universidade de Córdoba: "*En dichos fallos se establece que: El art. 19 C.N. impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18 C.N., sino como aquellas que no ofendan al orden, a la moralidad pública, esto es que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismos, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones. No está probado - aunque si reiteradamente afirmado dogmáticamente - que la incriminación de simple tenencia de estupefacientes, evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6 de la ley 20.771, al preveer una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a prejuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad (Fallos de la C.S.J.N/86:1392)*" (SCKMUNCK, Romina. A. Represión de la tenencia de estupefacientes para uso personal. *In: Direito penal & Criminologia. Anais do XIII Congresso Latino-Americano, V Ibero-Americano e I do Mercosul de Direito Penal e Criminologia. Curitiba: Juruá, [s.d.]. pp. 251-259).*

A defesa da constitucionalidade da norma em discussão costuma se fundar em três argumentos centrais: (i) a incriminação do consumidor visa proteger a saúde do usuário; (ii) a criminalização do porte para consumo enfraquece o tráfico de drogas, pois, com a redução do consumo, conseqüentemente se reduz a venda, protegendo a saúde pública; (iii) contribui para a segurança pública, uma vez que o usuário contumaz é propenso à prática de crimes patrimoniais (ou outros) para financiar o consumo de drogas. Em suma, indica-se que a criminalização do consumo de drogas protege os seguintes bens jurídicos: (i) saúde individual; (ii) saúde pública; (iii) o patrimônio, integridade física e vida de terceiros.

A tutela da saúde individual do usuário nos parece de longe o argumento



mais frágil entre aqueles utilizados por quem se propõe a defender a constitucionalidade do delito. Isso porque, sob este prisma, a criminalização da conduta de portar droga para uso próprio, além de violar a autonomia e a autodeterminação do indivíduo, decorrências lógicas da dignidade humana, equivaleria a criminalizar a própria vítima. Daí a razão pela qual não se pune criminalmente qualquer outra forma de autolesão, sendo exemplo clássico o suicídio tentado. Como ensina ROXIN: “Impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do direito penal. Mesmo que se quisesse, por ex. considerar o suicídio um desprezo à própria dignidade – o que eu não julgo correto – este argumento não poderia ser trazido para fundamentar a punibilidade do suicídio tentado” (**Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40).

Poderia então se objetar, por exemplo, também sob a lógica da isonomia, sobre a legitimidade do Estado em obrigar o uso do cinto de segurança nos automóveis ou do capacete em motocicletas, cuja finalidade é proteger a integridade física do ocupante do veículo em caso de acidente. Embora tal objeção seja pertinente sob o ponto de vista da invasão na esfera de autodeterminação do indivíduo, deve-se lembrar que neste caso não se trata de norma de natureza penal (*ultima ratio*), mas sim administrativa, de modo que não há criminalização da conduta tal como ocorre no crime do art. 28 da Lei de Drogas.

Outro argumento frequentemente trazido nos debates sobre a criminalização do porte para consumo diz respeito à inibição ao tráfico de drogas pela lógica de que o consumo alimenta o tráfico, o que se prestaria a proteger a saúde pública.

Ora, o usuário de drogas não tem qualquer controle sobre o comportamento do traficante. E, ainda que se admita a possibilidade do usuário evitar o consumo de drogas —o que não é verdadeiro em inúmeros casos —impossível atribuir a ele o controle ou a condução do comportamento doloso do comerciante de drogas. A aplicação da pena com essa motivação seria punir alguém pelo ato do outro. Uma punição fundada na incapacidade do Estado de controlar o verdadeiro comportamento



danoso. Em suma, aplica-se a sanção no usuário diante da dificuldade de encontrar, investigar e condenar o verdadeiro culpado —no sentido dogmático— pela violação à saúde pública: o comerciante de produtos ilícitos.

A Constituição Federal, ao determinar ao legislador o combate ao tráfico de drogas (CF, artigo 5º, XLIII), não conferiu carta branca para o uso de qualquer estratégia de política criminal, mas apenas aquelas que não conflitem com outros princípios do mesmo texto legal.

Ou seja, a criminalização do usuário de drogas por tal fundamento implicaria a sua instrumentalização para evitar ato de terceiro sobre o qual não tem controle, em violação ao princípio da culpabilidade do Direito Penal.

Seguindo essa linha de raciocínio, poder-se-ia objetar então que a mesma lógica deveria ser aplicada ao crime de receptação, pois nele se pune quem não praticou a subtração do bem. No caso da receptação, todavia, a punição do receptador não se presta unicamente a instrumentalizá-lo para evitar furtos e roubos. Na verdade, presta-se a punir quem, ciente da origem criminoso do produto (a título de dolo ou culpa), o adquire, agravando a subtração inicial por dificultar a retomada do bem pela vítima. Ou seja, não se pune a receptação apenas como instrumento para inibir furtos e roubos, que teriam menos estímulo caso não houvesse ninguém disposto a adquirir os produtos subtraídos, mas também porque a conduta do receptador, por si só, merece repressão penal em razão de agravar a lesão ao bem jurídico patrimônio. As situações, portanto, embora parecidas, não são perfeitamente análogas.

Da mesma forma que o consumidor não tem culpabilidade em relação ao traficante, também não a possui em referência aos seus próprios atos futuros, ao menos no momento em que porta ou usa o entorpecente.

Não se pode presumir que o usuário cometerá um delito para obter a droga ou em razão de seu consumo. Tratar-se-ia de um exercício de futurologia, de uma presunção iure et de jure, inadmissível em direito penal. Não parece possível considerar o uso de drogas um ato preparatório punível relacionado ao cometimento de delitos dolosos posteriores, porque não existe uma linha causal necessária e constante, que



permita a antecipação da punição.

Vale destacar, sobre o tema, importante passagem da já mencionada decisão da Corte Suprema argentina: *“Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que ‘La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... Sobre ponderar las implicaciones que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...’* (CIDH, Serie C, n.126, caso Fermín Ramirez vvs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

Poder-se-ia fundamentar a punição do uso de drogas em um suposto desvalor do comportamento do usuário em se tornar voluntariamente incapaz de autocontrole (espécie de actio libera in causa), em situação propensa ao cometimento de crimes futuros.

Porém, ainda que o Direito Penal admita a punição daquele que voluntariamente se tornou inimputável (CP, artigo 28, II), isso apenas ocorre quando praticado efetivamente um ato criminoso posterior. Assim, se alguém se embriaga e pratica um crime posterior —como lesões corporais —será punido por este, independente de sua capacidade de autocontrole no momento do ato. Mas não haverá sanção criminal pelo ato de se embriagar. Da mesma forma, não se justifica a punição do uso de drogas pela possível prática de crimes posteriores, o que não impede a punição por estes últimos, se cometidos, independente da imputabilidade do agente.

No caso da embriaguez ao volante a criminalização se justifica porque não se incrimina apenas a conduta de se embriagar (o que seria análogo ao art. 28 da Lei de Drogas), mas sim a conduta de, estando embriagado (com capacidade psicomotora alterada), conduzir veículo automotor, conduta esta que coloca em risco a incolumidade de terceiros, causando boa parte dos acidentes de trânsito todos os anos no país.



E mesmo assim há respeitáveis vozes que exigem, além da conduta de dirigir embriagado, alguma anormalidade na condução, não bastando a mera ingestão de álcool em quantidade superior ao limite legal, sob pena de violação ao princípio da ofensividade, igualando as esferas sancionadoras penal e administrativa.

Pioneira na questão dos direitos humanos fundamentais, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789 na França, já definia que "A liberdade consiste em poder fazer qualquer coisa que não prejudique aos outros. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei".

Nesse mesmo sentido se apresenta o direito à liberdade no constitucionalismo brasileiro, que visa assegurar a cada pessoa a possibilidade de autodeterminação - o poder de autonomia - pelo qual ela escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal, de acordo com a sua consciência, os seus valores e os seus interesses, desde que não atinja a esfera pessoal de terceiro (art. 5º caput e inc. II da CRFB). Logo, no Estado Democrático de Direito brasileiro, amparado em uma Constituição, *a liberdade individual é regra e qualquer tipo de proibição ou coação estatal é exceção.*

Por sua vez, a lei se justifica *na promoção do bem comum*, objetivando impedir condutas danosas ou de risco à sociedade. Logo, a lei não deve atuar se a conduta por ela visada não ameaçar a Coletividade. Por esta razão, aliás, a lei não proíbe a auto-lesão ou o consumo de drogas a menos que tais condutas atinjam ou possam atingir terceiros (por exemplo, no caso de mutilação com vistas a fraudar seguro ou de direção de veículo com concentração etílica incompatível com esta prática).

A lei não pode ser utilizada com a finalidade de se impor uma forma de Pensamento.

Em uma sociedade plural, como preconizado no Preâmbulo da Constituição Federal, pessoas têm convicções diferentes, encontrando bem-estar de maneiras distintas e arcando com as consequências pessoais de tal ou qual decisão.



Nesta sociedade, o Estado só age para evitar que a conduta de uma pessoa interfira na vida de outra, garantindo o exercício harmônico das liberdades humanas.

Tomado em si mesmo, o uso de drogas nada gera além da alteração de consciência, obtida também por meio de substâncias lícitas, como o álcool e o tabaco. Não há coerência na permissão de umas e proibição de outras. Tem-se, daí, *a intenção estatal de impor um padrão de conduta, decorrente de uma suposta maioria*, tratando como crime (com todas as consequências seríssimas decorrentes, incluindo a inclusão de maus antecedentes) aquilo que, de há muito se diz, deveria ser tratado como questão de Saúde Pública.

Inválido, juridicamente, o argumento corrente de que a criminalização se justificaria no combate ao tráfico. Embora com alguma lógica cartesiana, a afirmação esbarra no princípio de que, em direito penal, *as condutas devem ser individualizadas*, não se punindo aquele que não causou, direta ou indiretamente, o perigo ou o dano. Por tal razão, apenas o traficante deve ser punido pelo mal que gera: a distribuição das drogas sem nenhuma preocupação com as consequências que sua disseminação causará.

Não se cuida, aqui, de apologia, nem sequer de aprovação. Longe disso.

Trata-se, como não poderia deixar de ser, unicamente de interpretação jurídica, segundo a qual o Estado só pode restringir o âmbito da atuação humana se a conduta pretendida, pelo menos abstratamente - mas nunca especulativamente -, causar ou puder causar danos ou riscos relevantes à sociedade.

É arbitrária, portanto, a punição de alguém que apenas desejou ingerir algo, causando mal unicamente a si próprio. A criminalização do uso de drogas, ou do porte para o uso delas, configura restrição indevida da liberdade. Procura-se, com isto, marginalizar pessoas cujos hábitos são condenados por parte da população, o que se afigura inadmissível, conforme o artigo 3º, IV, da Constituição Federal, dispositivo que veda todas as formas de discriminação.

Ademais, os valores humanos da intimidade e da vida privada são direitos individuais conexos ao próprio direito à vida (também assegurado pelo art. 5º da CRFB, em seu caput). Destarte, é indubitável a necessidade de constatar-se a



(in)constitucionalidade da criminalização do consumo de drogas no Brasil frente ao princípio constitucional da liberdade individual, que é – e deve ser (no plano normativo) – a primeira e mais importante garantia do ser humano, bem como frente ao princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo.

Assim, por qualquer linha de raciocínio que se adote, seja pela perspectiva dos bens jurídicos pretensamente tutelados pela norma penal (linha adotada por Pierpaolo Bottini), seja pela invasão indevida na esfera da autonomia do indivíduo (linha adotada por Luís Greco), o uso do Direito Penal —última ratio do controle social, destinado aos comportamentos mais graves e agressivos —para coibir comportamentos individuais, praticados na esfera íntima do indivíduo, atenta contra a dignidade humana, a pluralidade, a intimidade e a isonomia, todos previstos na Constituição Federal (CF, artigos 1º, III, V, e 5º, caput e X).

O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificção suficiente. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.

Note-se que o uso da substância entorpecente efetivamente não viola a saúde pública, mas somente a saúde do próprio usuário. Nessa toada, o verbo “usar” não consta dentre os núcleos do tipo misto alternativo contido no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. O legislador portanto, não conferiu tipicidade a referida conduta.

Insta ainda consignar que tal conduta não fere o princípio da lesividade, já que tal premissa exige que a ofensa ao bem jurídico caracterizadora do conteúdo material do injusto dê-se de modo transcendente ao sujeito ativo do crime.

Em julgamento do RE 635.659, alguns ministros do STF já se manifestaram pela inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei Antidrogas. É fato que, num primeiro momento, parece incompatível tal decisão, considerando que o tráfico é severamente punido - observação que realizou com maestria o ilustre ministro Edson



Fachin: *“É paradoxo desassossegador perfilhar descriminalização do uso de drogas cuja produção e comercialização tipificam, ao mesmo tempo, o crime de tráfico. Isso porque se a retirada do estigma criminal permite que se dê a devida atenção ao bem jurídico tutelado e ao tratamento do usuário, sempre conviver-se-á com o indelével gravame de vê-lo enredado no tecido criminoso de distribuição da droga. A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante. Repito: a dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante.”.*

Entretanto, filio-me a antigo entendimento da Colenda 6ª Câmara Direito Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em Acórdão da lavra do Desembargador JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES, considerou-o inconstitucional.

Confira-se:

O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. (TJSP Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000, 6ª Câmara Dir. Criminal, j. 31/03/2008).

Da brilhante fundamentação do v. Acórdão extrai-se que, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica em frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Isso porque, precipuamente, a conduta do agente que porta drogas para seu consumo invade tão somente a sua esfera pessoal, além de que, a sanção para tal conduta é inofensiva a ponto de banalizar o direito penal, o qual não deve cuidar de condutas bagatelares ou ínfimas, mas tão somente aquelas que realmente lesionem o bem jurídico tutelado. Portanto, conclui-se, nesta perspectiva, procedendo-se à aferição da periculosidade ou ofensividade da conduta e seu desvalor social, que há ausência de



qualquer lesividade, eis que ela não constitui fato penalmente relevante, porque atingindo a esfera meramente pessoal do próprio consumidor, não vulnera seriamente a ordem jurídica.

Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante "*distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica*" (Salo de Carvalho, **A política criminal de drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático**, Editora Lumen Juris, RJ, 2007, p. 253).

No mais, a quantidade de entorpecentes encontrada com o réu foi ínfima, de modo que, passível a incidência do princípio da insignificância. A respeito da insignificância, lembro que o conceito foi introduzido por Roxin em 1964 ("*Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*"), porém tornado célebre em seu "Política criminal e sistema jurídico-penal".

Destaco à luz de referido postulado os seguintes julgados:

Apelação. Porte de entorpecentes para consumo próprio. Condenação. Recurso exclusivo da defesa. Acusado flagrado em poder de apenas um cigarro de maconha, parcialmente consumido, com peso de dois gramas. Atipicidade material da conduta. Aplicação excepcional do princípio da insignificância no caso concreto. Ausência de qualquer perigo de lesão à saúde pública. Incidência dos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da ofensividade, nos moldes do Direito Penal mínimo. Absolvição que se impõe. Reforma da sentença. Recurso provido. (TJSP; Apelação Criminal 0003908-96.2015.8.26.0048; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Atibaia - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/11/2015; Data de Registro: 04/04/2019).

Penal. Entorpecentes. Princípio da insignificância. - sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância - habeas corpus concedido (STJ, HC 17956-SP, rel. Min. Vicente Leal).

Não bastasse a circunstância da quantidade do estupefaciente, a tornar atípica a conduta, como acima visto, penso, sobretudo tendo em vista a despenalização da figura típica, conforme se verifica no art. 28 da Lei 11.343/06, que a conduta do



consumo de entorpecentes não constitui fato penalmente relevante, porque se a sanção para tal conduta é tão ínfima, como se verifica, pode-se constatar a forte presença de um direito penal promocional, cuja maior preocupação é apaziguar a sensação social de impunidade, deixando de ser o direito penal como um modo de controle social subsidiário (*ultima ratio*), incompatível com um Estado de Direito em que vige o princípio da fragmentariedade, o qual dispõe que apenas as condutas humanas mais graves e relevantes, que realmente lesem o bem jurídico tutelado, devem ser protegidas pelo direito penal; ora, se a conduta de porte para o consumo pessoal é tão irrelevante a ensejar sanções igualmente e demasiadamente irrelevantes, não há que se falar em tipicidade desta conduta. Isso porque, para se consolidar como um adequado instrumento de tutela aos bens jurídicos mais relevantes para o sistema, promovendo efetivamente a prevenção delitiva geral e especial, afastando-se da ideia de um direito penal simbólico, o direito penal deve intervir nas relações sociais apenas quando determinada conduta atinja o bem jurídico de modo intolerável, intervenção esta que deve cumprir sua finalidade, qual seja, proteger o bem jurídico supostamente lesionado. E, no caso do art. 28 da Lei 11.343/06, não se vislumbra qualquer proteção ao bem jurídico tutelado (saúde pública) com a criminalização da conduta lá tipificada.

Outrossim, não se vislumbra, conforme já explanado anteriormente, efetiva lesividade da conduta. Logo, ofensa também existe ao princípio da ofensividade, eis que há de ser instrumentalizado e tornado efetivo, sob pena de se ter um discurso liberal e uma aplicação autoritária do Direito Penal. Como bem ensina Carbonell Mateu (**Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales**, 1999, p. 215-218), o princípio da ofensividade ou lesividade exige que não haja crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, dentro de um critério valorativo que a norma comporta. Mais, num Estado Social e Democrático de Direito, a intervenção punitiva somente se justifica nas condutas transcendentais aos demais que atinjam as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio da ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que não invada a liberdade alheia. Ainda, este princípio descansa na consideração do crime como um ato desvalorado, isto é, contrário à norma



de valoração.

Prudente enfatizar que, até mesmo ao tempo da lei 6368/76 havia outros entendimentos jurisprudenciais no Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que consideravam atípica a conduta do porte de entorpecente, conforme pode se verificar a seguir:

O legislador sanciona a aquisição, a guarda e o porte do entorpecente para uso próprio, entendendo que 'o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo porque é fator decisivo na difusão do tóxico. No entanto, a partir do momento em que a consome, lesa a si próprio e sua conduta não representa mais um perigo social'(Ap. 168.697, TACRIM).

Com efeito, falta lesividade ao tipo penal e sem ela não atua o Direito Penal, pois, na lúcida observação de Claus Roxin, “*o legislador, mandatário do povo, tem sua tarefa limitada à proteção do indivíduo dos ataques dos outros e a assegurar uma vida mais livre possível e de maior bem-estar possível, e nada tem a ver com tal tarefa o tutelar moralmente cidadãos adultos contra sua vontade*” (**Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. Trad. cast. Barcelona, 1989, p. 22).

No mais, o art. 28 da Lei de Tóxicos fere o princípio da alteridade, mandado de otimização o qual impede a incriminação de conduta que prejudica somente ao agente, ou seja, proíbe a incriminação de ações internas e que só digam respeito ao próprio indivíduo. Neste sentido, se as ações do indivíduo limitam-se apenas ao seu interior, não transcendendo ao ambiente externo, e por consequência não ferindo, prejudicando ou lesando interesses de outrem, impossível a aplicação do “*jus puniendi*” (direito de punir pelo Estado).

Justamente por isso, o ordenamento jurídico pátrio vigente não pune a conduta de tentativa de suicídio, por exemplo. E, neste viés, não há razão de se criminalizar a conduta de porte de drogas para consumo, a qual só prejudica aquele que as utiliza, não se justificando uma intervenção repressiva do Estado.

Na discussão em andamento no Supremo, o Ministro Edson Fachin asseverou:

(...) *A interpretação do Direito Penal à luz da Carta da República tem sentido a partir de duas premissas básicas: a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1526757-06.2019.8.26.0223

fundamentais. A primeira premissa indica que, em situações excepcionalíssimas, é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa. Por isso, exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade, a separação entre penas e medidas de segurança jamais autorizaria fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações.

Já neste ponto é possível antever que a incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.

No que tange às limitações dos direitos fundamentais, é preciso que eventual restrição encontre fundamentação constitucional. Nessa diretriz, alberga-se o princípio da tipicidade, a exigir reserva de lei para normas penais. Considerando que a tipicidade decorre da teoria sobre os direitos fundamentais, ao legislador não compete apenas observar a reserva de lei para tipificar determinada conduta, como também deve demonstrar que pela incriminação outro direito fundamental será protegido.

A doutrina costuma indicar que a sede do princípio da ofensividade como parâmetro de controle de constitucionalidade reside no art. 98, I, da Constituição da República. Embora a referência tópica possa constar desse dispositivo, o conteúdo do princípio decorre, de um lado, da opção constitucional e legal por um Direito Penal orientado por fatos; e, de outro, da impossibilidade de se criminalizar condutas que não atinjam um fundamento constitucionalmente assegurado.

Nesse sentido, é correto afirmar que o princípio da ofensividade tem assento constitucional e serve de parâmetro para o controle da atividade do Legislativo.

Esse controle não incide, entretanto, indistintamente sobre todas as normas penais, nem sobre os objetivos e motivações invocados para edição da norma, pois, em tais circunstâncias, seria preciso recorrer-se a argumentos consequencialistas, para afastar a prerrogativa de avaliação feita pelo Legislativo. O princípio da ofensividade permite, de fato, a limitação do próprio direito, mas não autoriza que se oponham argumentos utilitários à validade normativa.

Essa tarefa tem ainda maior importância se o reconhecimento da extensão dos bens jurídicos e da consequente proteção estatal for medida em relação à eventual restrição da liberdade. Nesse sentido, caberia à teoria do bem jurídico identificar quais bens podem justificar a restrição à liberdade.

*Não se trata, contudo, de afastar a priori qualquer pretensão de permitir ao Estado perseguir fins morais. Ao contrário, inexistente um princípio que delimite a esse ponto a atividade estatal regulatória. É preciso registrar, neste particular, que a possibilidade de se buscar fins morais não é descontextualizada: apenas em sociedades em que haja o respeito à autonomia dos cidadãos, garantindo-se-lhes um amplo espectro de opções valorosas (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986), é que seria possível falar em uma larga margem de avaliação para estabelecer fins morais.*

O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.

A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade.

Especificamente em relação à coerção penal, poder-se-ia apontar, na linha do que indica Claus Roxin, serem ilegítimas as incriminações de: motivações ideológicas; autolesão; tabus; fins extrapenais; e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos



(ROXIN, Claus. Es la proteccion de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratorios dogmáticos? Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007).

Essas considerações parecem indicar que, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o adicto, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, mas a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto.(...)

Em seu voto, o relator, Ministro Gilmar Mendes, assim ponderou:

(...) Na valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal há de se exigir a demonstração do dano potencial associado à conduta objeto de incriminação. Em outras palavras, há que se verificar em que medida os riscos a que sujeitos os interesses coletivos podem justificar a conversão destes em objeto de proteção pelo direito penal. Conforme observa PUIG, o Estado Social não pode desconhecer, [na definição de crimes de perigo abstrato], a significação que, por si mesma, implica a extensão social de um determinado interesse e tampouco há de prescindir da exigência de um mínimo de repercussão do interesse coletivo em relação a cada indivíduo. Acredita o autor ser essa a via adequada se se pretende evitar a hipertrofia do direito penal (PUIG, Santiago Mir, “Concepto de Bien Jurídico-Penal como Limite del Ius Puniedi”, Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Maldlener, coordenadores Adhemar Ferreira Maciel et alli. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciário, 2014). E exemplifica justamente com o direito à saúde pública. Não cabe negar, afirma o autor, que a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada indivíduo, mas há que se exigir um determinado grau de lesividade individual para que se possa justificar a intervenção do direito penal. Até agora não se tem afirmado, por exemplo, que o álcool e o tabaco afetam suficientemente a saúde pública a ponto de legitimar a criminalização de sua venda e consumo. Em relação ao tabaco, observa que a proteção da ordem pública coletiva tem sido alcançada com o incremento da proibição de seu consumo em lugares públicos, porém por meio de medidas administrativas. O mesmo raciocínio, ainda segundo PUIG, aplica-se em relação às drogas. Sustenta ser preciso diferenciar as drogas quanto a seus distintos efeitos em relação a cada indivíduo. Além disso, há que se ter em conta que a lesividade individual vem, neste caso, acompanhada do consentimento da vítima. Dessa forma, a prevenção do uso indevido de drogas, um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas art. 4º da Lei 11.343/06 é uma finalidade estatal válida e pode ser alcançada, com maior eficácia, por meio de um vasto leque de medidas administrativas. Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06.

Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social. A situação ainda é mais grave pela prevalência do consumo de drogas entre os jovens, pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e definição de vida e, por isso, especialmente sensíveis à rotulação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1526757-06.2019.8.26.0223

decorrente do enquadramento criminal. Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional. (...)

Neste sentido, resta claro, inclusive, que o tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos viola, não só o princípio da alteridade, considerando-se também que sequer ostenta aptidão para proteger os bens jurídicos declarados como tutelados, quais sejam, a saúde e segurança pública, mas também viola o direito à privacidade e intimidade, os quais devem ensejar ações negativas de abstenção do Estado, nos termos da Carta Magna.

Por fim, ressalte-se decisões atuais do STJ, que não mais consideram as condenações pelo disposto no artigo 28 da Lei Antidrogas para fins de reincidência: *as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade. 5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. (HC 453.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018).*

Em suma, haveria um crime “despenalizado”, com penas que não possibilitam a prisão, incapaz de gerar reincidência, desfeito à alteridade.

Por essas razões, **dou provimento ao recurso** para, de ofício, **DECLARAR** incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Colégio Recursal - Santos
Santos-SP

Processo nº: 1526757-06.2019.8.26.0223

ABSOLVER o Réu da imputação contida na exordial, com fulcro no art. 386, inc. III do CPP.

É como voto.

GUSTAVO HENRICHS FAVERO
Juiz Relator