

**INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE EM UM CASO CONCRETO: A DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 PELO MAGISTRADO A QUO OU TRIBUNAL EM EXERCÍMIO DO CONTROLE DIFUSO-CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE**  
*INCIDENT OF UNCONSTITUTIONALITY IN A CONCRETE CASE: THE DECLARATION OF (UN)CONSTITUTIONALITY OF ART. 28 OF LAW 11.343/2006 BY THE MONOCRATIC MAGISTRATE OR COURT IN EXERCISE OF DIFFUSE-CONCRETE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY*

Gassen Zaki Gebara<sup>1</sup>

Lucas Vinícius Almiron dos Santos<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho abordará as perspectivas relacionadas ao controle de constitucionalidade via incidental, usado pelo magistrado monocrático e/ou Tribunal para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Tem como objetivo geral, analisar e descrever qual posicionamento doutrinário e jurisprudencial deve prevalecer em âmbito nacional, enquanto o Supremo Tribunal Federal não dispõe um novo parecer em relação ao assunto, bem como pretende explicar a jurisprudência pacificada quanto a não descriminalização do art. 28 do referido diploma. No desenvolvimento do tema, realizou-se análise legal e jurisprudencial, assim como revisão bibliográfica por meio de estudo de obras que exploram o fenômeno do controle de constitucionalidade, tal como a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, por meio do método dedutivo. O trabalho visa, ainda, demonstrar que, enquanto o STF não se posicione novamente, deve prevalecer o entendimento antigo pela constitucionalidade do delito, a fim de apaziguar a esporádica controvérsia.  
**Palavras-chaves:** Controle de Constitucionalidade; Controle Difuso-Incidental; Descriminalização do Art. 28 da Lei 11.343/2006; (In)constitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343/2006.

**Abstract:** This paper will address the perspectives related to the control of constitutionality via incidental, used by magistrate monocratic and / or Court to declare the unconstitutionality of art. 28 of Law 11.343/2006. Its general objective is to analyze and describe which doctrinal and jurisprudential position should prevail at the national level, while the Federal Supreme Court does not have a new opinion on the subject, as well as to explain the settled jurisprudence regarding the non-decriminalization of art. 28 of that diploma. In the development of the theme, legal and jurisprudential analysis was carried out, as well as a bibliographical review through the study of works

<sup>1</sup> Mestre em Direito. Docente do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: gassengebara@ufgd.edu.br

<sup>2</sup> Discente do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: lucaluan210@gmail.com.

that explore the phenomenon of constitutionality control, such as the constitutionality of art. 28 of the Drug Law, through the deductive method. The work also aims to demonstrate that, while the STF does not position itself again, the old understanding for the constitutionality of the offense should prevail, in order to appease the sporadic controversy.

**Keywords:** Control of Constitutionality; Diffuse-Incidental Control; Decriminalization of Art. 28 of Law 11.343/2006; (Un)constitutionality of Art. 28 of Law 11.343/2006.

## 1 INTRODUÇÃO

Os meios de controle de constitucionalidade vêm sendo objeto de recentes análises pela hermenêutica constitucional, dentre eles o uso do controle difuso por um Tribunal ou juiz *a quo* para declarar a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto. Ocorre que diversos julgados pelos mais diversos tribunais dos Estados brasileiros reconheceram a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 via incidental, declarando atípica a conduta do indivíduo que incide em tal prática.

O fato do tema ser objeto de grande repercussão social e política causa um certo dilema para os julgadores, dos quais, alguns não querem estar envolvidos em possíveis conflitos de interesse político. A temática, que a princípio não tem uma resposta certa, evidencia a polarização da jurisdição em adotar diferentes entendimentos e posicionamentos, refletindo em análises supérfluas sobre o assunto pela sociedade como um todo.

Isso aponta para o fato de que, a mentalidade da sociedade precisa passar por um longo processo de evolução sobre o porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que é um caminho de incertezas em que há argumentos relevantes, seja pela defesa da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, seja pela declaração de sua inconstitucionalidade.

Outrossim, buscou-se no presente artigo clarear de forma detalhada o posicionamento da doutrina quanto a descriminalização do porte de droga para consumo próprio, tal como evidenciar o posicionamento assente da jurisprudência quanto ao assunto.

No decorrer do trabalho, notar-se-á a análise e descrição da (in)constitucionalidade do crime de porte de droga para consumo pessoal, além da

exposição dos reflexos jurídicos causados pelo uso do controle difuso-incidental de constitucionalidade pelo juiz e/ou Tribunal, através do método dedutivo.

O artigo foi realizado por intermédio de pesquisa bibliográfica doutrinária, diplomas legislativos e pesquisa jurisprudencial a fim de detalhar sobre os conceitos de controle de constitucionalidade, sua aplicabilidade pelos tribunais, os efeitos que decorrem da decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de uma Lei, além de especificar o uso do controle difuso pelo magistrado e Tribunal, tendo como objeto declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, bem como descrever os posicionamentos predominantes na doutrina sobre a constitucionalidade do referido artigo e qual o posicionamento plausível a ser seguido pelos magistrados e tribunais.

## 2 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade consiste na aferição da validade das normas face à Constituição. Assim, tem-se que é por meio do controle de constitucionalidade que se busca fiscalizar a compatibilidade vertical das normas com a Constituição e garantir a força normativa e a efetividade do texto constitucional. Nesse sentido, ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 1081-1082):

O controle de constitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade ou atos normativos em relação a uma Constituição no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observada de (ou adequação) de leis. Segundo alguns autores, o controle de constitucionalidade se apresenta como a análise de parametricidade entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional nos países em que a Constituição tem suprallegalidade (exerce relação de supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico) sendo, portanto, formal e rígida. Porém, é mister salientar que a atividade de confrontação entre a Constituição e os outros atos normativos que ensejará o controle de constitucionalidade, segundo clássica doutrina, deve ir além da mera parametricidade, pois insito ao conceito é a exigência fulcral de uma sanção. Ou seja, não basta a inadequação da lei ou do ato normativo, observada e explicitada na verificação de não conformidade para com a Constituição. Após essa conclusão, faz-se necessária a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo.

No sistema brasileiro, compete ao Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis, embora haja a possibilidade de os demais Poderes, em situações excepcionais, também realizarem esse controle. Verifica-se na doutrina de Fernandes (2014) que existem quatro características essenciais para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, quais sejam: quanto a natureza; quanto ao órgão judicial que exerce o controle; quanto à forma ou modo de controle; e quanto ao momento de exercício do controle.

Em relação à natureza, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam que o controle pode ser político, judicial ou misto, *in verbis*:

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas: Quanto ao órgão – quem controla –, pode-se ter:

- a) controle político;
- b) controle jurisdicional;
- c) controle misto.

Cogita-se de controle de constitucionalidade político, que outrora também era corretamente chamado modelo de controle francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional. Essa referência ao modelo de controle operado na França como controle estritamente político, contudo, não parece mais condizente com a realidade dominante vigente naquele país.

Ainda se pode dizer corretamente político o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões.

Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º). [...]

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português).

É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

Assim, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser:

- a) concentrado (também chamado austríaco);
- b) difuso (também chamado americano);
- c) misto.

[...] Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes

desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal. [...] (MENDES, BRANCO, 2023, p. 1860-1865).

Em continuação, no que diz respeito ao número de órgãos do Poder Judiciário com competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis, Mendes e Branco (2023) dissertam que há 3 (três) modelos de controle distintos: o difuso, o concentrado e o misto. O primeiro adveio da matriz norte-americana, o qual garante que qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto tem a obrigatoriedade de afastar a sua utilização se a considerar contrário com a ordem constitucional; o controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, surgiu da matriz austríaca (europeia), tendo por escopo a atribuição para verificar a compatibilidade de leis ou atos normativos da Constituição Federal a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional; por fim, o controle misto seria aquele em que há uma coexistência de um controle judicial difuso e concentrado num mesmo ordenamento jurídico, como é o caso da pátria brasileira e do modelo português.

De mais a mais, verifica-se, perante a doutrina de Fernandes (2014), que as vias de ação são os modos pelos quais uma lei pode ser impugnada perante o Judiciário, quais sejam: a via incidental (de defesa ou de exceção) e a via principal (abstrata ou de ação direta). No controle incidental, a aferição de constitucionalidade se dá diante de uma lide, um caso concreto em que uma das partes requer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Posto isto, a aferição da constitucionalidade não é o objeto principal do pedido, mas apenas um incidente do processo, um meio para se resolver a lide. No controle pela via principal (abstrata ou de ação direta), a aferição da constitucionalidade é o pedido principal do autor, sendo a razão do processo.

Igualmente, tem-se que esse controle pode ser preventivo ou repressivo quanto ao momento de sua prática, sendo preventivo, ou ainda, *a priori*, “quando realiza-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo” (Mendes, Branco, 2023, p. 1862), ou seja, durante o percurso legislativo, de sorte que pode ser praticado pelos

três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2022, n. p.) realiza uma crítica pontual de que o controle realizado de forma preventiva tem por efeito politizar o órgão responsável por tal ato, ou seja, observa-se “a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental”.

Em relação ao controle repressivo, também denominado de *a posteriori*, ou de trato sucessivo, tem-se sua incidência depois de perfeito o ato, bem como de promulgada a lei, constituindo, assim, maneira típica e tradicional de controle da constitucionalidade. Todavia, para os juristas Daniel Mitidiero, Luiz Marinoni e Ingo Sarlet (2023, n.p.) “antes da publicação da lei, em vista de inconstitucionalidade do processo legislativo, também há [...] controle repressivo.”

Por fim, a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade de uma lei possui eficácia vinculante, ou seja, determina a decisão uma força impositiva e obrigatória a atos administrativos ou judiciais futuros. O Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática<sup>3</sup>, decidiu que:

O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*), que qualificam os julgamentos que o STF profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF.

Em igual sentido, foi julgado o Recurso Extraordinário 730.462<sup>4</sup>, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

A sentença do STF que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (=

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação 5.442 MC**, Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgado em 31/08/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 730.462**, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 25/05/2015. P,DJEde 09/09/2015. Tema 733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, II, da Carta Constitucional. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do STF declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

Forçoso reconhecer que, não obstante a decisão de inconstitucionalidade de uma lei proferida pela Egrégia Corte vincular o Poder Judiciário e o Poder Executivo, tal efeito é modulado quanto ao Poder Legislativo, de modo que o legislador não se vincula a decisão do STF, que pode, segundo o Ministro Celso de Mello, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF.<sup>5</sup>

Outra consequência em razão da decisão de inconstitucionalidade é que o ato declarado inconstitucional é retirado do mundo jurídico por ser incompatível com a Constituição. Porém, tem-se que é plausível, analisando-se o caso concreto, que os efeitos do ato nulo continuem persistindo, devendo ser essa modulação de efeitos objeto explicitado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

## 2.1 ASPECTOS ACERCA DO CONTROLE DIFUSO

Acerca do controle difuso, o professor Pedro Lenza (2022) disserta que o controle incidental, repressivo, ou posterior, também denominado de controle pela via

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação 5.442 MC**, Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgado em 31/08/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

de exceção ou defesa, ou ainda controle aberto, tem por escopo a realização do controle de constitucionalidade em um caso concreto por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Cabe mencionar que, conforme já relatado anteriormente, o controle será exercido de forma subsidiária, ou seja, não é o objeto principal da ação, de modo que o controle ocorrerá para que o objeto principal do processo seja resolvido posteriormente. Neste aspecto, apregoa Lenza (2022, p. 532-533):

Pode-se, assim, afirmar que a noção e a ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, devem-se ao famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana, que, apreciando o precedente *Marbury v. Madison*, em 1803, decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.

[...]

O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio.

Em igual sentido, Mendes e Branco (2023, p. 2016-2019) afirmam:

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza -se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

[...]

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1988, art. 52, X). A questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida ex officio pelo juiz ou tribunal. Perante o tribunal a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial”, como disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/69407. A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas

subsequentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/69, art. 116; CF de 1988, art. 97), ensejou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.

Além disso, Fernandes (2014, p. 1110) denota que é possível enumerar as características básicas do controle difuso-concreto para que ocorra o controle de constitucionalidade via de exceção:

Características básicas do Controle difuso-concreto: a) Realizado por todos os juízes; b) via de exceção (ou defesa); c) em um caso concreto; d) de modo incidental (incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto). Assim sendo, o juiz terá que enfrentar a questão incidental (prejudicial) para chegar (e decidir) a questão principal do caso concreto. Nesse sentido, o controle decide sobre uma questão prejudicial (um incidente), que surge excepcionalmente em caso concreto.

Observa-se, então, que no âmbito do controle difuso qualquer juiz ou tribunal do País será competente para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afastando sua aplicação ao caso concreto. Nesse teor, ensina Moraes (2023, p. 1506-1507):

A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. Esta verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado. Ressalte-se, inclusive, que na hipótese de não se obter maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, apesar da existência de maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal não pronunciará juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade com efeitos vinculantes, mantendo-se, porém, a vigência e eficácia da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal. O Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos: existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; existência, no âmbito do tribunal a quo, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada.

Quando o controle difuso ocorre em primeira instância, a constitucionalidade da norma será decidida pelo juiz monocrático, ou seja, não se aplica a exigência da maioria absoluta do órgão judicial em decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas. No entanto, quando o controle difuso é feito pelos Tribunais, é necessário que seja obedecida a “cláusula de reserva de plenário”, conforme estabelecido no artigo 97 da Constituição Federal de 1988: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

A cláusula de reserva de plenário visa garantir que uma lei seja declarada inconstitucional somente quando houver vício manifesto, reconhecido por um grande número de julgadores experientes.<sup>6</sup> Isto posto, para que a declaração de inconstitucionalidade por tribunal seja válida, é necessário voto favorável da maioria absoluta dos membros do tribunal ou da maioria absoluta dos membros do órgão especial.

Em razão da cláusula de reserva de plenário, pode-se dizer que os órgãos fracionários (turmas, câmaras e seções) dos tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade das leis. Na falta de órgão especial, a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pelo Plenário do tribunal. Há que se destacar, entretanto, que os órgãos fracionários podem reconhecer a constitucionalidade de uma norma, sendo impedidos apenas de declarar a inconstitucionalidade.

Importante ressaltar a Súmula Vinculante nº 10<sup>7</sup>, a qual estabelece que “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 190.725-8/PR**, Relator Min. Celso de Mello, Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Reserva de Plenário. DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

Entende-se que ao invés de declarar expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, simplesmente afaste a sua incidência, no todo ou em parte, do caso em concreto. Segundo a Súmula Vinculante nº 10, mesmo nesse caso será necessária a observância da cláusula de reserva de plenário.

Nesse embasamento, Cristian Patric de Sousa Santos (2022, p. 373-374) dispõe:

O atual CPC, no art. 949, parágrafo único, estabelece que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Em outras palavras, existem duas mitigações à cláusula de reserva de plenário, ou seja, duas hipóteses em que o órgão fracionário poderá decretar a inconstitucionalidade sem necessidade de remessa dos autos ao Plenário (ou Órgão Especial): • quando o Plenário (ou Órgão Especial) do Tribunal que estiver decidindo já tiver se manifestado pela inconstitucionalidade da norma; • quando o Plenário do STF já tiver decidido que a norma em análise é inconstitucional. Se o direito analisado é pré-constitucional, não é necessário observar a cláusula de reserva de plenário. Ou seja, para dizer se a lei não foi recepcionada ou se foi recepcionada, não precisa observar essa regra, pois está só é necessária para fins de inconstitucionalidade. Se a Assembleia Legislativa de um estado edita um decreto legislativo tratando especificamente da situação de determinado deputado estadual, mas o órgão fracionário do TRF1, ao apreciar um processo envolvendo esse deputado, declara, em controle difuso, a inconstitucionalidade desse decreto legislativo, sem que tenha levado o debate ao Plenário ou pelo Órgão Especial do Tribunal em questão, não houve, nesse caso, a violação ao art. 97 da CF/88 e à SV 10, pois o que se sujeita ao princípio da reserva de plenário é a "lei" e o "ato normativo". O decreto legislativo que foi declarado inconstitucional pelo TRF não constitui lei em sentido formal ou material, nem possui caráter de ato normativo.

A situação se inverte quando o órgão fracionário deixa de aplicar uma norma infraconstitucional por considerar que não há subsunção aos fatos. Segundo o Supremo Tribunal Federal, não afronta a cláusula de reserva de plenário “o ato da autoridade judiciária que deixa de aplicar a norma infraconstitucional por entender não haver subsunção aos fatos ou, ainda, que a incidência normativa seja resolvida mediante a sua mesma interpretação, sem potencial ofensa direta à Constituição”. Em outras palavras, se o órgão fracionário realizar uma interpretação idônea e legítima de norma infraconstitucional, sem qualquer indício de declaração de inconstitucionalidade, não há que se falar em violação da Súmula Vinculante nº 10.

Verifica-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal duas outras hipóteses de mitigação da cláusula de reserva de plenário, quais sejam as Turmas

Recursais dos Juizados Especiais, que têm competência para, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, por fim, as turmas do Supremo Tribunal Federal, uma vez que há precedente no sentido de se considerar que suas Turmas podem, ao realizar o controle difuso de constitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem que haja ofensa à cláusula de reserva de plenário.<sup>8</sup>

Nesse sentido, Fernandes (2014, p. 1111-1113) ensina:

O interessante é que, nos Tribunais, os magistrados situados em turmas ou câmaras (órgãos fracionários) não poderão realizar o controle difuso de constitucionalidade declarando a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, devido à intitulada Cláusula de Reserva de Plenário do art. 97 da CR/88 (também chamada de full bench). Assim sendo, enquanto o juiz de primeira instância (ou mesmo os juízes e Turmas Recursais de Juizados Especiais) pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente em um caso concreto e, com isso, decidir o caso (a sua questão principal), nos Tribunais a declaração de inconstitucionalidade será afeta apenas ao Pleno ou ao órgão especial.

[...]

Há uma exceção à Cláusula de Reserva de Plenário. Na década de 1990, o STF desenvolveu um entendimento jurisprudencial de que se o Pleno do Tribunal ou Órgão Especial já tiver julgado questão idêntica, não seria necessário que a Turma ou a Câmara do Tribunal submetesse a questão ao plenário ou ao Órgão Especial para julgamento, pois ela própria poderia declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto. A fundamentação seria, claramente, a instrumentalidade e a economia processual. Essa posição jurisprudencial foi normatizada (positivada) em 1998 com a Lei nº 9756/98, que acrescentou um § único ao art. 481 do CPC. Nesses termos, conforme o CPC, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Assim, o objetivo do controle difuso não é proteger a ordem constitucional, mas sim proteger direitos subjetivos das partes. Com base nessa lógica, a decisão no controle de constitucionalidade incidental só alcança as partes do processo, ou seja, tem eficácia *inter partes* que em regra, não são vinculantes.

Dessa maneira, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional no âmbito do controle difuso continua plenamente válida no ordenamento jurídico e produzindo

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 361.829**, Relator Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 02/03/2010. DJ 18-03-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

normalmente os seus efeitos, sendo que apenas as partes processuais envolvidas no caso concreto sofrerão os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A exceção ocorre quando, em controle incidental, há uma revisão de jurisprudência pelo Plenário da Corte, de modo que os efeitos terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sendo cabível, inclusive, reclamação caso algum magistrado decida de modo diferente.

Finalmente, retrata-se que o Senado Federal tem, por disposição constitucional, a faculdade de suspender, por meio de resolução, lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, conferindo eficácia geral à decisão da Corte. Nesse sentido, dispõe o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que “compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal [...]” (BRASIL, 1988).

Em um primeiro momento, tinha-se que o Supremo Tribunal Federal também poderia mitigar a eficácia da decisão, tornando-a vinculante, devendo-se fazer uma comunicação ao Senado Federal, sendo que este poderia, então, suspender a execução da lei. Contudo, tal interpretação deixou de ser adotada pela corte constitucional.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3470<sup>9</sup>, trouxe para o artigo 52, X, da Constituição Federal, nova mutação constitucional, ao dispor que em suas decisões, tanto no controle incidental quanto no controle abstrato, têm eficácia contra todos e efeito vinculante, independentemente de resolução do Senado Federal. Outrossim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei, no controle incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte comunicará sua decisão ao Senado, para que a Casa Legislativa apenas intensifique a publicidade da decisão ao fazer a resolução.

Destarte, cabe destacar que suspender uma lei declarada inconstitucional pelo STF é diferente de revoga-la. Nessa toada, Bruno Belem (2007, p. 6) retrata pontualmente o assunto:

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470**, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, Processo Eletrônico DJe-019 Divulg 31-01-2019 Public 01-02-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

Quanto aos efeitos da decisão senatorial, de acordo com os termos da Constituição, a resolução do Senado objetiva “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X). Percebe-se que a resolução do Senado interfere no plano da eficácia da lei, não no da validade ou da existência. A resolução não reconhece a invalidade da lei; ao contrário, ela interfere na capacidade de produzir efeitos do ato normativo questionado. Suspensão, portanto, não pode ser confundida com revogação, ato que é reservado ao próprio órgão do qual emanou a norma. Suspender a execução da lei reconhecidamente inconstitucional pelo STF é cassar-lhe a eficácia. A lei, então, não mais obrigaria. Todavia, o Senado não a substituiu por outra, nem a revoga; limita-se, apenas, a suspender-lhe a execução. Dessa forma, depois da declaração de inconstitucionalidade, segue-se a manifestação complementar e necessária – como se verá adiante – do Senado, que lhe cassará a executoriedade.

Veja-se que a revogação é ato reservado do próprio órgão que editou a norma, e que a suspensão, por sua vez, significa suspender a execução dessa norma, o qual é, via de regra, de competência do Senado Federal, podendo tal competência ser mitigada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já denotado anteriormente.

### 3 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006

Com advento da Lei 11.343/2006, o legislador estabeleceu o afastamento da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, determinando que o caminho a ser percorrido é o da educação e não o da prisão.

Assim, verifica-se que a partir do momento em que se aboliu a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, a doutrina exímia passou a defender a descriminalização da conduta. Neste aspecto, o jurista Luiz Flávio Gomes *et al.* (2015, p. 289) tem posicionamento irredutível de que:

O porte de droga para uso pessoal, embora proibido no Brasil, deixou de ser infração penal, por não se enquadrar em qualquer das descrições contidas no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Em sua ótica, o art. 28 da Lei 11.343/2006 não contempla pena de reclusão ou de detenção, razão pela qual teria deixado de ser crime, e também não contém pena de prisão simples ou de multa, daí por que não despontaria como contravenção penal. Seria, portanto, uma infração *sui generis*.

Em sentido contrário, pode-se dizer que a doutrina majoritária entende que não ocorreu a descriminalização do art. 28 da Lei das Drogas, apesar do legislador

ser benevolente ao estabelecer que a prisão do indivíduo que comete tal delito não traz benefícios reais a sociedade, uma vez que insere o usuário em um sistema de cárcere falido, o qual não dispõe de ajuda concreta ao “consumidor”.

Observa-se, portanto, que as condutas descritas no art. 28, *caput*, e § 1º, constituem crimes. Posto isto, doutrinadores como Cleber Masson (2019), Cezar Roberto Bitencourt (2012) e Cesar Dário Mariano da Silva (2016) são adeptos desse posicionamento. O Supremo Tribunal Federal, em primeiro momento, consagrou esse posicionamento ao estabelecer o seguinte:<sup>10</sup>

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – 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 Lei 11.343/2006 – 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). Não se pode, na interpretação da Lei 11.343/2006, partir de um pressuposto desapareço 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 (Lei 11.343/2006, Título III, Capítulo III, art. 27 a 30). [...] 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 Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/2006, art. 30). Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou *abolitio criminis*.

Igualmente, Bitencourt (2012) alega que não houve a descriminalização, já que tais condutas ainda continuam a ser consideradas infração penal. Segundo o mesmo autor, houve apenas o distanciamento da restrição de liberdade, dissertando que o melhor caminho não é a prisão do usuário, já que traz poucos ou nenhum benefício para o indivíduo e a sociedade, mas sim a implementação de medidas educativas que estimulem o próprio tratamento contra a dependência.

Nesse aspecto, afirma Bitencourt, 2012, p. 1629:

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

Houve, realmente, a descaracterização da conduta, com o afastamento de qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, mesmo na hipótese de reincidência. Contudo, isso não pode ser confundido com descriminalização, tampouco com despenalização (no máximo, uma despenalização parcial, com afastamento da pena de prisão), pois foram mantidas, como consequência da conduta tipificada, as penas de advertência, de prestação de serviços comunitários e de frequência a programa ou curso educativo.

Diante do exposto, entende-se que não há mais o que se falar em descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, de forma que não existe amparo legal no ordenamento jurídico pátrio para a tese defendida por certos doutrinadores, a exemplo de Gomes. Nessa guisa, dispõe o doutrinador Silva (2016, p. 46) que está inumada a questão, não havendo qualquer amparo jurídico para a tese de que houve descriminalização do porte de droga para consumo pessoal. Coaduna com esse entendimento o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual reafirmou que não houve a aludida descriminalização<sup>11</sup>.

#### 4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

Atualmente, há no Brasil grande controvérsia quanto a natureza do art. 28 da Lei de Drogas e sua constitucionalidade, de modo que a questão está na pauta do Supremo Tribunal Federal, que já começou a julgar a matéria no Recurso Extraordinário 635.659 (ainda em julgamento), no qual se questiona a constitucionalidade do referido artigo da Lei de Drogas, tendo em vista o direito à intimidade e autonomia privada, e diante dos princípios da ofensividade e alteridade.

Para uma parte da doutrina, tem-se que o referido artigo deveria ser considerado inconstitucional, uma vez que o Direito Penal só deve intervir quando ocorrer lesão concreta ou real, transcendental, grave ou significativa e intolerável ao bem jurídico tutelado. Diante disso, verificando-se o princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão, ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo inconstitucionais os crimes de perigo abstrato.

<sup>11</sup>SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 339592/SP**, Relator. Min. Rogério Schietti Cruz, 5ª Turma, julgado em: 07.04.2016. **REsp 1500884/SP**, Relator Min. Ribeiro Dantas, 6ª Turma, v.u., julgado em: 24.11.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25/01/2023.

Nesse sentido, o entendimento do jurista Gomes (2007, p. 107):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Dito isso, não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime porque as sanções para essa conduta não conduzem a nenhum tipo de prisão. Diante do exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*.

Segundo Masson e Marçal (2019, p. 32-33), a decisão do Supremo Tribunal Federal em manter a criminalização do porte ou posse de drogas para consumo pessoal não evitou o questionamento sobre a (in)constitucionalidade da criminalização do porte ou posse de drogas para consumo pessoal, de maneira que surgiram dois posicionamentos perante a doutrina brasileira:

Essa decisão do STF, entretanto, não teve o condão de evitar outra celeuma, qual seja, a da (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Surgiram duas posições sobre o assunto:

1ª posição: O art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, por violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ademais, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem praticou. Nessa perspectiva, Luís Greco aduz que “a posse de droga para consumo próprio é um comportamento que não ultrapassa a esfera de autonomia e que portanto não pode ser proibido.” No mesmo embalo, a concepção de Zaffaroni, para quem “viola o princípio da lesividade ou ofensividade a proibição de porte de tóxicos para consumo próprio em quantidade e forma que não lesione nenhum bem jurídico alheio.”

2ª posição: a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio “é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.” Da conduta do usuário emana, pois, “um evidente perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, ou seja, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública. Afirmar-se o contrário é esquecer que o ser humano não é uma ilha, como já se disse, e, assim, relaciona-se com os demais indivíduos em sociedade”.

A primeira posição defende que o art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, conforme já discorrido anteriormente, uma vez que há transgressão ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana, bem como não se pode punir os crimes de autolesão, em respeito ao princípio da alteridade.

Em contraposição, o segundo posicionamento estabelece que o referido artigo é constitucional porque o que se criminaliza é o perigo social que a conduta do indivíduo representa, de modo que mesmo o usuário que traz consigo o entorpecente antes de consumi-la, coloca em risco o fator social de saúde pública, pois é objeto preponderante na difusão dos entorpecentes.

Dessarte, se o crime tipificado no art. 28 da Lei de Drogas tutelasse a saúde do usuário, certamente o crime seria inconstitucional, por violar o princípio da transcendência ou alteridade, afinal, seria equivalente a punir o usuário por prejudicar sua própria saúde, o que configuraria a tipicidade da autolesão. No entanto, o que se verifica na realidade é que o tipo penal tutela a saúde pública, de modo que não se pune o uso da droga, mas a posse da droga para consumo pessoal, vez que a simples posse do entorpecente gera perigo para a saúde pública, ante o risco de difusão da droga, propagação que a lei quer a todo custo evitar.

Cleber Couto e Túlio Leno Góes Silva (2015), no artigo “(in)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas”, afirmam que o crime de porte pessoal para consumo pessoal de droga fomenta o tráfico de drogas, corroborados pela manutenção do vício com delitos pormenores. Nesse sentido, dispuseram: “[...] a conduta do usuário fomenta o tráfico de entorpecentes, aliado aos crimes praticados por este para manutenção do seu vício, de sorte que a lei, taxativamente, visa uma sociedade sem drogas, ante os certos malefícios que o entorpecente é capaz de gerar na coletividade”.

Em igual sentido, cabe mencionar o posicionamento do ilustríssimo doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 693):

Prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a CF. Por mais que o agente traga a droga para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutra giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também

deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do direito penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vêm surtindo os efeitos desejados, infelizmente.

Nesse ponto, também destaca Victor Eduardo Rios Gonçalves (2023, n.p.):

Existem, ainda, aqueles que sustentam que a incriminação ao mero porte de entorpecente para uso próprio seria inconstitucional, por ser vedado ao Estado interferir na liberdade de as pessoas fazerem o que quiserem com a própria saúde. Para justificar tal interpretação, utilizam-se, inclusive, de direito comparado. Deve-se lembrar, porém, que o porte de entorpecente representa um perigo para toda a coletividade, e não apenas para aqueles que portam e fazem uso da droga. A pessoa dependente, além de danos à própria saúde, pode ficar violenta, causar vários tipos de acidentes e, até mesmo, em face da necessidade de sustentar seu vício, cometer crimes contra o patrimônio ou de outra natureza. Por essas razões, entendemos não haver qualquer inconstitucionalidade no dispositivo. Saliente-se, todavia, que a constitucionalidade do dispositivo será em breve apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, reconheceu a repercussão geral do tema. Nesse recurso, a Defensoria Pública de São Paulo alega ser inconstitucional criminalizar o porte de droga para consumo próprio porque isso fere os princípios da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição), e, por consequência, o princípio da lesividade.

Portanto, o segundo posicionamento é o mais aceito entre os juristas, uma vez que transportar a droga, ainda que para consumo pessoal, caracteriza violação da saúde pública, e não apenas a saúde do indivíduo. Nesse sentido, também discorre Silva (2016, p. 47-48):

A questão da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é nova, mas voltou a ser alvo de debates no meio jurídico por conta do reconhecimento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que pune aquele que porta drogas para seu consumo pessoal. Atualmente, as penas aplicadas são: 1) advertência sobre os efeitos das drogas; 2) prestação de serviços à comunidade; 3) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. A questão fulcral é se alguém pode ser punido por portar ou possuir drogas, para seu consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Isso porque estaria causando lesão a si mesmo, e o direito penal não pune a autolesão, além de ter invadida a sua intimidade e vida privada. A delimitação do tema já começa de forma equivocada, pois o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas tem como objetividade jurídica a saúde pública (principal), e a vida, a saúde e a tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundário). Não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade.

Se, é certo, que o uso de drogas prejudica a saúde do usuário, o que ninguém coloca em dúvida, também é certo que ele não é o único prejudicado. A coletividade como um todo é colocada em risco de dano. A saúde pública é bem difuso, mas perceptível concretamente. E cabe ao Estado proteger seus cidadãos dos vícios que podem acometê-los. O vício das drogas tem o potencial de desestabilizar o sistema vigente, desde que quantidade razoável de pessoas for por ele atingida. Não há levantamento do número de mortes por overdose ou por doenças causadas pelo uso de drogas ilícitas. Também não há estatística confiável do número de crimes que são cometidos por pessoas sob o seu efeito. E também não são sabidos quantos crimes são praticados pelo fato de a vítima ser usuária de drogas. Mas uma coisa não pode ser negada, o malefício das drogas, seja de forma direta ou indireta, é muito grande. Bem por isso esse crime é considerado de perigo abstrato, ou seja, o risco de dano não precisa ser provado, sendo presumido de forma absoluta.

Em continuação, Silva (2016, p. 48-49) pondera que a comparação entre álcool e drogas ilícitas não coaduna com a realidade pátria, tendo em vista que a situação atual de legalidade do álcool já denota vários aspectos ruins para sociedade, de modo que não faz sentido piorá-lo. Nesse quesito, o autor explica que:

O número de pessoas alcoólatra é enorme, e não é por isso que irão aumentar a quantidade de viciados em drogas. Assim, tem-se que um dos motivos que inibe o uso da droga é o fato dela ser proibida. Liberando o seu uso, que é o que a descriminalização irá fazer, certamente vai incentivar a dela se valerem aqueles que têm medo das consequências, seja na área penal ou na social. Se, é permitido, porque não posso fazer uso social da maconha, da cocaína, do crack e de outras drogas? Essa indagação passará pela cabeça de inúmeras pessoas, mormente das mais jovens. E não pensem que isso vai acabar com o tráfico. O traficante, na maioria das vezes em que é preso, tem em sua posse pequena quantidade de drogas para poder se passar por usuário. Nessa situação, nenhuma punição haverá com a descriminalização. E a condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas atualmente enseja reincidência. Nem isso será mais possível, o que incentivará a prática de outros delitos. E quem irá fornecer a droga para os usuários? O Estado? Certamente que não! O usuário continuará a comprar a droga dos traficantes. Mesmo que o Estado passe a fornecer a droga de forma controlada, nem assim o tráfico irá acabar. A procura será muito maior do que a oferta. E o Estado não terá condições de fornecer todos os tipos de drogas, o que o traficante saberá explorar. Essas são algumas das razões pelas quais não é possível a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. A situação, que está ruim, pois estamos perdendo a guerra contra as drogas, só irá piorar. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é o caminho. Ela somente irá aumentar o número de usuários e de viciados, além de fomentar o tráfico e colaborar para o aumento dos crimes violentos.

Nessa toada, o julgamento do recurso extraordinário já teve seis votos, sendo cinco pela declaração da inconstitucionalidade da norma e um voto pela constitucionalidade. Em primeiro momento, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade total da norma do artigo 28, ou seja, para todas as espécies

de drogas, enquanto os Ministros Roberto Barroso, Edson Facchin e Alexandre de Moraes votaram pela inconstitucionalidade apenas quanto à maconha (*cannabis sativa*), permanecendo crime a posse para uso pessoal das demais espécies de drogas.

Insta destacar que, ao proferir seu voto em 04 de agosto de 2023, o Ministro Alexandre de Moraes pontuou a necessidade de fixar alguns requisitos objetivos, em especial: a) a presunção relativa de usuários aquelas pessoas que tiverem em depósito, transportarem ou trazerem consigo, uma faixa fixada entre 25 (vinte e cinco) a 60 (sessenta) gramas de maconha ou seis plantas fêmeas; e b) por se tratar de presunção relativa, não estariam os agentes de segurança pública impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que se constate, de forma fundamentada, os critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes.

Sob essas premissas, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, reajustou seu entendimento para acompanhar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, pela declaração de inconstitucionalidade apenas quanto à maconha (*cannabis sativa*) e pela adoção dos requisitos acima elencados. De mais a mais, a Ex-Ministra Rosa Weber, ao proferir seu voto, decidiu por acompanhar o voto do Relator.

À vista disso, o Ministro Cristiano Zanin, em seu voto, divergiu dos demais Ministros, tendo negado provimento ao recurso extraordinário e pugnado pela constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, bem como requerido que o Tribunal fixe como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas para distinguir o usuário de maconha do traficante.

Dito isso, Silva (2016) pontua que sendo a norma julgada inconstitucional, deixam de ser aplicáveis todos os dispositivos previstos no artigo 28 da Lei de Drogas, alcançando tanto a posse para consumo pessoal quanto o seu cultivo (art. 28, “caput”, e § 1º), de modo que terá que verificar se a decisão alcançará apenas a maconha ou a todas as outras espécies de drogas. Outrossim, a situação ficará um tanto exótica, uma vez que constituirá castigado o tráfico de todas as espécies de drogas, todavia a posse e cultivo para consumo pessoal de todas elas ou apenas da maconha, a depender do resultado do julgamento, serão declarados atípicos.

Destaca-se que o julgamento da questão foi pautada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo os Ministros Cristiano Zanin e Rosa Weber, ora aposentada, proferidos seus votos dia 24 de agosto de 2023. Ocorre que o julgamento, atualmente, está suspenso após pedido de vista do Ministro André Mendonça, que devolveu os autos para continuação do julgamento no dia 04 de dezembro de 2023, de modo que o Ministro Roberto Barroso, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ainda não pautou uma data para retomada do julgamento.

## 5 O CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL PELO MAGISTRADO E TRIBUNAL NO CASO CONCRETO

Com mais frequência se verifica o uso do controle difuso pelo juiz monocrático de primeira instância para declarar, via incidental, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, com fundamentação no sentido de que não se pode punir criminalmente qualquer forma de autolesão, de modo que o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 é a integridade física e não a incolumidade pública, diante da ausência de transcendência da conduta.

Por vezes, ocorre do Tribunal modificar a sentença condenatória proferida pelo juiz monocrático, embasando-se também por meio do controle difuso de constitucionalidade para absolver a conduta do agente, declarando-a atípica.

Em consonância com esse pensamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo retificou o entendimento do magistrado adotado na fase sentencial, reconhecendo, por meio do controle difuso-incidental, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, conforme segue:

RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO DO REQUERIDO PELA ABSOLVIÇÃO DIANTE DA CONDENAÇÃO EM ADVERTÊNCIA - PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/06) Este relator sempre entendeu pela legalidade da legislação, mas dobrando-se ao entendimento pacífico da Primeira Turma Criminal, reconheço e sigo os colegas pela DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Absolvção do apelante. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 1517589-93.2020.8.26.0562; Relator (a): Wilson Julio Zanluqui; Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal - Santos; Foro de Santos - Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 04/10/2022; Data de Registro: 04/10/2022)

No caso concreto, a 1ª Turma Criminal de Santos (SP) reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas através do controle difuso-incidental do referido artigo, tendo reformado a sentença proferida pelo magistrado para absolver o apelante, que em primeiro momento havia sido condenado a pena de advertência.

O relator Wilson Julio Zanluqui entendeu que não havia presença de tipicidade material da infração penal em comento, entendimento este seguido pelos votos dos demais juízes, de maneira que adotou o posicionamento da 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 art. 28 da Lei 11.343/2006 inconstitucional.

Nesse sentido, compreendeu-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<sup>12</sup>. Ao declarar inconstitucional o artigo 28 e absolver o réu, a turma recursal ressaltou que a decisão se ateve ao aspecto jurídico, sem discutir a política de repressão às drogas adotada no país.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul proferiu o seguinte acórdão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06). PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – FATO OCORRIDO APÓS A LEI N.º 12.234/10 – DENÚNCIA NÃO RECEBIDA – MARCO INICIAL – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – TESE REJEITADA. MÉRITO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 – INOCORRÊNCIA – PRECEDENTES – DECISÃO REFORMADA – DENÚNCIA RECEBIDA. PROVIMENTO.

I – Impossível o reconhecimento da prescrição se o fato ocorreu após o advento da Lei n.º 12.234/10, hipótese em que o termo inicial é o recebimento da denúncia, peça que, no caso, sequer foi recebida.

II – O bem jurídico tutelado no delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/03 é a saúde pública, evitando-se a circulação da droga dentro da sociedade, ainda que a finalidade do indivíduo seja simplesmente consumir o entorpecente. Não há, assim, violação ao princípio da alteridade na

<sup>12</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Santos. **Apelação Criminal 1517589-93.2020.8.26.0562**, Relator Wilson Julio Zanluqui, 1ª Turma Criminal - Vara do Juizado Especial Criminal, julgado em: 04/10/2022. DJ 04/10/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

criminalização da conduta daquele que porta droga para seu próprio consumo, sob a justificativa de que não estaria a causar dano a outrem, já que o porte de entorpecente transcende a liberdade individual, oferecendo risco ao meio social como um todo (STF, RE 430105/RJ; STJ, RHC 37.094/MG).

III – Rejeita-se a preliminar. No mérito, com o parecer, dá-se provimento. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0000679-80.2020.8.12.0004, Amambai, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 27/07/2022, p: 29/07/2022).

Segundo a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas tem por escopo a tutela da saúde pública, de modo a evitar a difusão do entorpecente dentro da sociedade, por mais que a finalidade do entorpecente seja apenas consumir a droga.

Nesse diapasão, o relator Desembargador Luiz Claudio Bonassini da Silva ponderou que não há violação do princípio da alteridade na criminalização da conduta daquele que porta droga para consumo próprio, sob a justificativa de que não estaria a causar dano a outrem, uma vez que o porte do entorpecente extrapola a liberdade individual, acarretando risco ao meio social em sua totalidade.<sup>13</sup>

O julgado retratou que é certo que a celeuma ainda não foi encerrada, porquanto há discussão a respeito no RE 635.659/SP<sup>14</sup>, com repercussão geral reconhecida, apontada pela parte recorrida como subsídio para postular a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, Entretanto, o relator denotou que a questão ainda não tem uma posição definida, de modo que, ao menos enquanto a Suprema Corte, na condição de Guardiã da Constituição Federal, não adotar outro entendimento, e/ou não for revogado por outra norma, dito dispositivo está em vigor e não se há falar em inconstitucionalidade, de maneira que o dispositivo continua a ser aplicado.

Há precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais também defendendo a constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal:

<sup>13</sup> MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito 0000679-80.2020.8.12.0004**. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2022. DJ 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 635.659/SP**, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-050 Divulg 08-03-2012 Public 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

APELAÇÃO CRIMINAL - COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - CABIMENTO - DÚVIDA QUANTO A AUTORIA - FRAGILIDADE PROBATÓRIA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ELEMENTAR DE GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO NÃO DEMONSTRADA - ART. 28, LEI 11.343/06 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - NÃO CABIMENTO - MATÉRIA JÁ APRECIADA E DECIDIDA PELO STF - ART. 297, §§1º E 2º, I, DO RITJMG - CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - REMESSA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. - Uma condenação criminal demanda prova inequívoca prova de autoria delitiva, não bastando meros indícios. - Não comprovado o elemento normativo "grupo, organização ou associação" exigido para a configuração do delito previsto no artigo 37 da Lei de Drogas, bem como que o acusado integrasse e colaborasse com a multiplicidade de agentes que praticavam o delito de tráfico de drogas, deve ser declarada atípica a sua conduta. - A constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo de se rejeitar a arguição incidental de inconstitucionalidade nos termos do artigo 297, §§1º e 2º, I, do RITJMG. - Subsistindo apenas uma condenação por crime de menor potencial ofensivo, imperativa a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.21.270861-4/001, Relator(a): Des.(a) Guilherme de Azeredo Passos, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2022, publicação da súmula em 07/12/2022).

O entendimento da 1ª Câmara Criminal do TJMG<sup>15</sup> figura na ideia de constitucionalização do art. 28, alegando em síntese que a tese em questão já foi apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 430.105/RJ<sup>16</sup>, ocasião em que foi firmado entendimento no sentido de que o artigo 28 da Lei de Drogas foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, não tendo havido descriminalização da conduta de posse/porte de droga para consumo pessoal, mas apenas mera despenalização, conforme já delineado em tópico anterior.

Assim, o relator denotou que o tema está sob nova análise pela Corte Suprema no RE nº 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Entretanto, não tendo ainda havido manifestação definitiva a respeito do assunto, o posicionamento anteriormente firmado pela Corte no sentido da constitucionalidade do dispositivo se encontra em plena vigência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade e consequente absolvição.

<sup>15</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0000.21.270861-4/001**, Relator Des. Guilherme de Azeredo Passos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 06/12/2022. DJ 07/12/2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 25/01/2023.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

A posição dos Tribunais de Mato Grosso do Sul e de Minas Gerais merecem prosperar frente as demais, uma vez que garante a estabilidade e a segurança jurídica perante a hermenêutica constitucional pátria, bem como mantém a presunção de constitucionalidade das leis, evitando, assim, a ruptura com o princípio da isonomia e tratamento paritário frente aos indivíduos que cometem a conduta ilícita tipificada no art. 28 da Lei de Drogas, instituindo que todos sejam julgados da mesma forma sem benefícios ocasionados pelo uso indevido do controle de constitucionalidade incidental.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de fechamento, verifica-se que o artigo teve por objeto esmiuçar a constitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal – art. 28 da Lei 11.343/2006 – mediante análise legal e jurisprudencial. Os objetivos e a premissa estabelecida foram alcançados e confirmados por dados jurisprudenciais, tal como pela análise doutrinária sobre a questão.

É notório que há controvérsia latente sobre o tema no atual ordenamento jurídico pátrio, de tal modo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem entre si de maneira irredutível em seus posicionamentos. Imperioso destacar que tal instabilidade não pode ser corroborada pelo uso indevido do controle de constitucionalidade via incidental pelo magistrado ou tribunal, que ao estabelecer a inconstitucionalidade de uma norma, em que há grande repercussão nacional e social, acarreta a instabilidade jurídica e também política perante a sociedade.

Ocorre que, ao usar do controle difuso para declarar tal artigo inconstitucional, o Tribunal ou o próprio juiz monocrático cria precedentes sem amparos legais, tendo em vista que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ainda se encontra na fase de julgamento.

Desse modo, tem-se que para evitar a celeuma jurídica, bem como a quebra dos princípios da isonomia e da própria segurança jurídica, dever-se-á adotar o posicionamento já defendido pelo STF no RE nº 430.105/RJ, ocasião em que foi firmado entendimento no sentido de que o artigo 28 da Lei de Drogas foi recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Assim, garantir-se-á igualdade de julgamento nos Estados brasileiros para aqueles que praticam as condutas tipificadas no referido artigo, sem que haja um incentivo as controvérsias doutrinárias e conseqüentemente jurisprudenciais. Por fim, enquanto a Suprema Corte, na condição de Guardiã da Constituição Federal, não adotar outro entendimento e proferir o resultado do julgamento, não há como declarar a inconstitucionalidade do delito via incidental.

Imprescindível avultar que o importante atualmente não é a presunção do resultado do referido recurso, que já teve cinco votos pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, mas sim o uso indevido do controle de constitucionalidade incidental para atacar uma norma em que há muitas dúvidas sobre sua validade.

Dessa maneira, enquanto não houver um resultado defendido pela Corte Suprema, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente se abster da declaração de inconstitucionalidade, a fim de privilegiar a segurança jurídica e a presunção de constitucionalidade das leis.<sup>17</sup>

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Lei de Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470**, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, Processo Eletrônico DJe-019 Divulgação 31-01-2019 Publicação 01-02-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação 5.442 MC**, Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgado em 31/08/2007. DJ 06/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

<sup>17</sup> MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito 0000679-80.2020.8.12.0004**. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2022. DJ 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 190.725-8/ PR**, Relator Min. Celso de Mello, Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 361.829**, Relator Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 02/03/2010. DJ 18-03-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 430.105/RJ QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 13/02/2007. DJ 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 635.659**, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-050 Divulg 08-03-2012 Public 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 730.462**, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 25/05/2015. P,DJEde 09/09/2015. Tema 733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Reserva de Plenário. DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25/01/2023.

BELEM, B. M. F. M. **A função do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**. Procuradoria Geral do Estado de Goiás, 2007-2009. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Bruno/funsenadofederal.pdf>. Acesso em 25/01/2023.

COUTO, C., SILVA, T. L. G. **(In)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-inconstitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas#:~:text=O%20crime%20do%20art.,punindo%2C%20assim%2C%20a%20autoles%C3%A3o>. Acesso em: 22/12/2022.

FERNANDES, Bernardo, Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro digital. ISBN 9786559644599. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559644599>. Acesso em: 22 Jan. 2024.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.) et. al. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. Drogas: Lei 11.343, 23.08.2006. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (orgs.). **Legislação criminal especial**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010/Salvador: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Livro digital. (Esquemático®). ISBN 9786553624887. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624887>. Acesso em: 22 Jan. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

KUHSLER, D. R. **A Despenalização Do Porte De Drogas Para Consumo Pessoal**. Análise do art. 28 da Lei 11.343/06. Monografia (Conclusão de curso) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177473/Monografia%20%20A%20despenaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20porte%20de%20drogas%20para%20consumo%20pessoal.%20An%C3%A1lise%20do%20art.%2028%20da%20Lei%2011.34306.pdf?sequence=1> . Acesso em 14/12/2022.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito 0000679-80.2020.8.12.0004**. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2022. DJ 29/07/2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2023.

MENDES, Gilmar; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0000.21.270861-4/001**, Relator Des. Guilherme de Azeredo Passos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 06/12/2022. DJ 07/12/2022. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 25/01/2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39ª ed. e atual. até a EC nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. São Paulo: Atlas, 2023.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Brasília: Editora CP IURIS, 2022.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 339592/SP**, Relator. Min. Rogério Schietti Cruz, 5ª Turma, julgado em: 07.04.2016. **REsp 1500884/SP**, Relator Min. Ribeiro Dantas, 6ª Turma, v.u., julgado em: 24.11.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25/01/2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Santos. **Apelação Criminal 1517589-93.2020.8.26.0562**, Relator Wilson Julio Zanluqui, 1ª Turma Criminal - Vara do Juizado Especial Criminal, julgado em: 04/10/2022. DJ 04/10/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 25/01/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Livro digital. ISBN 9786553624771. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553624771>. Acesso em: 22 Jan. 2024.

SILVA, César Dario Mariano. **Da Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

Recebido em: 28/08/2023

Aprovado em: 24/01/2024

