



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E POSICIONAMENTO DO STF:

O DEBATE SOBRE A LEI 11.343/2006

ORIENTANDO: LORENA CRISTINA DA SILVA LEÃO

ORIENTADORA: PROF. DRA FERNANDA DA SILVA BORGES

GOIÂNIA-GO
2024

LORENA CRISTINA DA SILVA LEÃO

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E POSICIONAMENTO DO STF:

O DEBATE SOBRE A LEI 11.343/2006

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás Prof.a Orientadora: Dr^a Fernanda da Silva Borges.

GOIÂNIA-GO
2024

LORENA CRISTINA DA SILVA LEAO

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E POSICIONAMENTO DO STF:

O DEBATE SOBRE A LEI 11. 343/2006

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a): Titulação e Nome Completo Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Titulação e Nome Completo Nota

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 AS MUDANÇAS TRAZIDAS NA LEI DE DROGAS	6
1.1 O CONCEITO DE USUÁRIO E TRAFICANTE	
1.2 IMPACTOS DA LEI DROGA NO BRASIL	
2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006	17
2.1 A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DENTRO DO ART. 28	
2.2 O POSICIONAMENTO DO STF NA LEI DE DROGAS	
2.3 ARGUMENTOS CONTRA DA DESCRIMINALIZAÇÃO	
2.4 ARGUMENTOS A FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO	
CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS.....	36

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E POSICIONAMENTO DO STF:

O DEBATE SOBRE A LEI 11.343/2006

Lorena Cristina da Silva Leão ¹

O presente estudo tem como objetivo de analisar a descriminalização da maconha e o posicionamento do STF, tipificado no artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Mais especificamente, se deteve sobre a possibilidade da descriminalização da conduta, sustentada no direito penal, os quais serão elencados e explicados no decorrer do trabalho. O artigo busca analisar, inicialmente, as mudanças trazidas na lei de drogas, na sequência, foram abordados os conceitos de usuários e traficantes e os impactos da lei de drogas no país. Discutiu-se a lei supramencionada, com ênfase no artigo 28, caput, que trata da posse de drogas para consumo próprio, tendo em vista que é um delito causador de grandes e importantes debates doutrinários e jurisprudenciais. Por fim, abordou-se o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como a aplicação dos direitos penais sob a posse de drogas.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Descriminalização, Inconstitucionalidade, Tráfico de drogas, Direito Penal.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar a possibilidade da descriminalização da maconha e posicionamento do STF, com objetivo de analisar art 28 da lei de drogas. Nos princípios penais, bem como apresentar suas vantagens, com foco central nos aspectos históricos dos motivos que levaram à sua proibição e na análise dos modelos já estabelecidos em alguns países que legalizaram ou discriminar o uso desta substância.

A descriminalização da maconha está relacionada a várias razões e motivações como a saúde pública que pode permitir um maior controle e regulamentação da produção, distribuição e consumo da maconha, reduzindo riscos à saúde associados ao mercado ilegal, como a falta de controle de qualidade e a presença de substâncias adulteradas.

Nessa linha de ideias, o primeiro capítulo, tem om propósito de analisar, as mudanças trazidas na nova lei de drogas que adotou uma abordagem mais preventiva e de saúde pública em relação ao uso de drogas. Ela busca a tratar o problema das drogas como uma questão de saúde, em vez de apenas como um crime, a distinção entre usuário e traficante é feita com base em critérios subjetivos, como a quantidade de droga apreendida, as circunstâncias da ação e os antecedentes do agente. O usuário é aquele que consome a drogas para uso pessoal, enquanto o traficante é aquele que comercializa ou distribui as drogas, e os impactos da lei de drogas no brasil que na atual legislação tem impactos significativos na sociedade, afetando tanto os usuários quanto a segurança pública.

A abordagem mais preventiva pode ajudar a reduzir o encarceramento de usuários e direcionar recursos para políticas de saúde. No entanto, a falta de critérios objetivos para diferenciar usuário e traficante ainda gera debates e desafios, e como essas definições influenciam a aplicação da lei e a realidade dos indivíduos envolvidos com substâncias ilícitas. Será uma oportunidade para examinar de perto como essas leis moldam o cenário das políticas de drogas no país e quais são as implicações práticas para a população em geral.

Na segunda seção, o objetivo de analisar a inconstitucionalidade no art 28 da lei 11.343/2006, questionando a violação de direitos individuais e a privacidade, serão apresentados os argumentos contra a descriminalização e seus possíveis efeitos negativos. E também, serão apresentados os argumentos a favor da descriminalização da posse de drogas, com seus possíveis efeitos positivos.

A metodologia adotada consiste na pesquisa bibliográfica através de livros, jurisprudência, artigo, revistas disponibilizados, referentes ao tema enfrentado.

1 AS MUDANÇAS TRAZIDAS NA LEI DE DROGAS

A primeira mudança que pode ser notada diz respeito à denominação da lei em questão, que deixou de ser chamada de “Lei de Entorpecentes” e passou a ser chamada de “Lei de Drogas”. As leis nº 6.368/76 e 10.409/02 sempre se referiam as substâncias ilícitas como entorpecentes. A nova legislação preferiu adotar a palavra-as ilícitas como entorpecentes. A nova legislação preferiu adotar a palavra “droga” em todo o seu texto, devido a essa mudança é mais adequado modificar o nome da lei para que a chamemos de “Nova Lei sobre Drogas”.

A adoção da palavra “droga” em seus dispositivos tenta resolver dois problemas que cercam a discussão sobre substâncias psicoativas: o cumprimento dos textos internacionais e as dúvidas sobre a definição limitada de entorpecentes, O Brasil segue, assim, a tendência de textos internacionais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Convenção Única das Nações Unidas (ONU) sobre Entorpecentes e a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas ao usar a palavra “droga”. Ao traduzir a palavra droga contida nesses documentos, a antiga legislação brasileira cometeu um erro ao entender que a palavra relacionada em português seria “narcótico”.

Esta tradução estava incorreta porque os entorpecentes no sentido farmacológico são aqueles que causam sonolência, desmaios, perda de energia e fraqueza, como os opiáceos como a morfina e a heroína. Contudo, nem todas as substâncias psicoativas desencadeiam este efeito e nem todos os estupefacientes podem ser caracterizados como ilegais. Com efeito, independentemente da dimensão farmacêutica da nomenclatura, a legislação adotou uma definição jurídica.

No conceito jurídico, em termos práticos, não existe qualquer diferença entre tratar das substâncias ilícitas como entorpecentes ou como drogas. Assim, permanecem compatíveis a nova Lei e a Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde, que elenca as substâncias de uso ilícito e permanece utilizando o termo antigo (entorpecente).

Droga, para a nova legislação brasileira, tem a seguinte definição:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (Brasil, 2006).

A Lei 11.343/06 trouxe alterações significativas, que diziam respeito principalmente ao número de usuários de drogas.

Essa lei trouxe para o ordenamento jurídico uma nova visão de quem é um usuário e quais comportamentos ele pratica. Também introduziu sanções que vão desde advertências sobre os efeitos das drogas até medidas educativas, incluindo a participação em programas ou cursos educativos.

O artigo 28 trouxe as condutas constantes no artigo 16 da antiga Lei, juntamente com duas novas condutas inclusas no novo tipo penal: a de “ter em depósito” e “transportar”.

Guilherme de Souza Nucci (2009) faz importantes considerações sobre o art. 28 da lei 11.343/06:

Análise do núcleo do tipo: adquirir (comprar, obter mediante certo preço), guardar (tomar conta de algo, proteger), ter em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro) ou trazer consigo (transportar junto ao corpo) são as condutas, cujo objeto é a droga (substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica). Difere este crime do previsto no art. 33, justamente em face da finalidade específica do agente (consumo pessoal). Não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo. Além da possibilidade de transação (art. 48, §5º), não se imporá prisão e flagrante (art.48, §2º) e, ao final, poderá ser aplicada simples advertência. Denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime previsto no art. 28 desta Lei, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade. O máximo a que se chega, havendo processo e, buscando-se uma condenação, é atingir as três penas principais (advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência em curso ou programa educativo), com as medidas assecuratórias de cumprimento: admoestação e, se nada mais adiantar, multa. Nem contravenção penal recebeu tratamento tão benigno do legislador. Outro ponto a ser analisado diz respeito ao uso do entorpecente, que não consta no tipo, logo, não é incriminado. A despeito de se ter editado uma nova lei antitóxicos, se alguém for surpreendido usando a droga (ex: cocaína injetada na veia), sem possibilidade de se encontrar a substância entorpecente em seu poder, não pode ser punido. (Nucci, 2009, p. 554).

Devido ao fato de possuir várias condutas incriminadoras, o artigo 28 é tido como tipo penal misto alternativo.

O verbo “adquirir” trata de obter droga para consumo pessoal, por meio de troca ou compra. O verbo “guardar” trata do caso em que o agente retém a substância. No mesmo sentido as condutas “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”. Ademais, agora também é considerado crime semear, cultivar ou colher, para consumo pessoal, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (Nucci, 2009, p 554).

Embora consideradas inovações trazidas pela nova Lei, essas condutas já existiam e eram tipificadas como crime na Lei 6.368/76, porém, o agente que as praticasse estaria praticando o crime de tráfico de drogas.

Fernando Capez (2008) trata de três ações típicas que atualmente fazem parte do rol dos crimes praticados por usuários de drogas:

Semear: é espalhar, propalar, deitar, lançar sementes ao solo para que germinem. O crime é instantâneo, pois se consuma no instante em que a semente é colocada na terra. No tocante à posse de sementes de plantas que no futuro serão apresentadas como droga, em regra, constitui fato atípico por ausência de prescrição legal; porém, se nas sementes for encontrado princípio ativo de alguma droga, será considerado crime. Neste caso, não por ser semente, mas por ter idoneidade para gerar a dependência, o que a torna objeto material do crime (passa a ser considerada a própria droga), salvo se não constante da relação baixada pelo Ministério da Saúde. Desse modo, se as sementes tiverem aptidão para gerar dependência física ou psíquica, serão consideradas droga (por terem princípio ativo), devendo o fato se enquadrar no art. 33 ou no art. 28, conforme o caso (intenção de consumo pessoal ou não); não tendo princípio ativo, não constituirão o objeto material do tráfico de drogas, nem do porte para consumo pessoal, e também não tipificarão a conduta de semear, pois ter a semente não é o mesmo que semear, constituindo-se, no máximo, ato preparatório e, portanto, irrelevante penal. Cultivar: é fertilizar a terra pelo trabalho, dar condições para o nascimento da planta, cuidar da plantação, para que esta se desenvolva. É figura permanente, protraindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e existir um vínculo entre o indivíduo e a plantação. Colher: é retirar, recolher a planta, extraíndo-a do solo. (Capez, 2008, p. 764).

Quanto a quem pode ser considerado sujeito deste tipo de crime, é certo que qualquer pessoa pode cometê-lo.

A comunidade é um sujeito passivo nesses casos porque as substâncias usadas pelos usuários podem prejudicar a sociedade.

Uma substância entorpecente é considerada objeto de crime. De acordo com a Lei 11.343/06, as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursores e outras substâncias estão sob controle especial da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1988.

Para consumir o crime de acordo com o artigo 28 da Lei 11.343/2006, o agente deverá praticar algumas das ações descritas neste artigo. Os termos “sem autorização” e “contrário a determinação legal ou regulamentar” constituem elemento normativo do tipo penal.

Denota-se que, caso autorizado a praticar alguma conduta prevista neste artigo, o fato seria atípico, por não constituir crime.

A expressão sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar constitui fator vinculado à ilicitude, porém inserido no tipo incriminador torna-se elemento deste e, uma vez que não seja preenchido, transforma o fato em atípico. Portanto, adquirir, guardar, ter em depósito (etc.) drogas, para consumo pessoal, devidamente autorizado, é fato atípico. Pensamos que essa situação é excepcional, sob pena de se gerar contradição patente. Não é viável, por ora, autorizar alguém a manter cocaína em casa, para uso próprio. Porém, cuidando-se de um doente, em estado muito grave, pode ser possível a manutenção de morfina, para consumo pessoal, como meio de amenizar a dor provocada por alguma enfermidade. Seria, pois, fato atípico. (Nucci, 2009, p. 548).

Esse tipo de crime permite a tentativa, pois ao adquirir a substância, por exemplo, ele é impedido por circunstâncias alheias ao seu controle.

A chegada da nova lei antidrogas, que trouxe consigo o artigo 28.º, criou diferenças no sistema de justiça criminal em termos da sua constitucionalidade e natureza jurídica.

As penas descritas no artigo 28.º não se enquadram nas penas dos crimes ou contravenções, o que tem causado muita confusão e diversas teorias têm surgido na doutrina para esclarecer a situação.

Entre as diversas teorias, três ganharam maior destaque. A primeira defendia que o art. 28 pertenceria ao Código Penal, considerando "crime". Para a visão deles houve uma despenalização, mas não um abolitio criminis. Também surgiu a teoria que pregava ter havido abolitio criminis em relação ao usuário de drogas, ocorrendo uma descriminalização substancial do tipo.

E também, surgiu a teoria denominado por Luiz Flávio Gomes de judicial sancionador, que declarava que o art. 28 constituiria uma infração penal sui generis, não pertencente ao direito penal clássico, nem ao direito administrativo, sendo um novo ramo do direito.

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas. (Gomes 2006, pg 56-65 Nova Lei de Tóxicos).

Luiz Flávio Gomes (2006), em seu livro que trata sobre a nova lei de drogas, afirma que o que houve foi uma despenalização, afirmando que a conduta descrita no artigo 28 não é crime já que suas sanções não comportam pena de prisão, e nem, pela mesma razão, são consideradas contravenções penais.

Por se tratar de sanção aplicada por juiz do Juizado Especial, e não por autoridade administrativa, também não se trata de ilícito administrativo

Também no mesmo sentido a jurisprudência se posicionou a favor da despenalização da conduta contida no art. 28, concluindo que tal descriminalização, "entendida com exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade".

1.1 O CONCEITO DE USUÁRIO E TRAFICANTE

O conceito de usuário e traficante de drogas é um tema complexo e polêmico, que envolve aspectos jurídicos, sociais, médicos e culturais. A legislação brasileira, em

vigor desde 2006, estabelece uma distinção entre essas duas figuras, mas não define critérios objetivos e claros para diferenciá-las. Isso gera muita controvérsia e insegurança jurídica, pois depende da interpretação dos juízes, dos policiais, dos peritos e dos próprios envolvidos.

A Lei 11.343/06 proporcionou à empresa um grande avanço criminal porque trouxe uma norma mais branda ao usuário. Quanto ao traficante de drogas, a intenção do Estado na norma é punir o tráfico de drogas de forma mais severa, com pena de prisão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de multa nos termos do artigo 33.

Embora a norma tenha trazido aspectos de melhoria, também trouxe problemas, nomeadamente a falta de critérios objetivos para determinar se um indivíduo que utiliza uma droga para consumo pessoal será considerado utilizador ou traficante perante a lei.

De acordo com o texto da norma, tal pessoa física está tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, quando o estado passa a considerar o usuário como dependente de drogas, uma vez que a lei não o trata mais como um criminoso.

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

Análise do núcleo do tipo penal do art. 28, passou a ter estes verbos: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo”. Ao conceituar cada verbo, a análise torna-se muito mais criteriosa, de modo que quem os adquire, seja ela comprada ou não, o indivíduo passa a ser proprietário da droga. A conduta guardar, é aquele que oculta o ato ilícito praticado. Ter em depósito significa dizer, ter sempre a disposição deste, para que, sempre alimente o seu vício. Transportar é o mesmo que deslocar. Trazer consigo, é quando o agente está com a droga em sua posse. Conforme o parágrafo primeiro do art. 28 da Lei, incorre na mesma pena aquele:

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

[...]

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

A Lei 11.343/06 proporcionou aos usuários uma forma de reintegração à sociedade, uma vez que não são tratados como criminosos, mas como doentes químicos que devolvem o convívio social aos indivíduos. Em nosso ordenamento jurídico, seguimos acórdãos que tratam da reintegração de um indivíduo à sociedade:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO QUE NÃO AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O CABÍVEL. DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PACIENTE QUE PODERÁ SER SUBMETIDO AO TRATAMENTO ADEQUADO EM REGIME ABERTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DEVE SER SOPESADA QUANDO DA IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL E NA DOSIMETRIA DA PENA.

ORDEM CONCEDIDA. (...) IV. Verificada a dependência toxicológica do réu, este deve ser submetido aos tratamentos necessários na tentativa de reinseri-lo à sociedade. os quais poderão ser realizados ainda que esse esteja em regime aberto. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 165.437/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 09/03/2011)

Caso o indivíduo seja flagrado o usando a droga, ela será apresentada a uma autoridade policial que formalizará o depoimento circunstanciado, sendo o dependente comparecido ao Juizado Especial Criminal.

A pena de prisão nunca será aplicada a um usuário, pois não considera o comportamento de menor potencial ofensivo, mas de potencial mínimo, mesmo que o usuário seja reincidente ou tenha antecedentes ruins.

Nucci (2014, p.268.) nos ensina: “denominamos de ínfimo potencial ofensivo o crime, tendo em vista que, mesmo não sendo possível a transação, ainda que reincidente o agente, com maus antecedentes ou péssima conduta social, jamais será aplicada pena privativa de liberdade.”

As seguintes penas aplicáveis para o usuário estão no inciso, I, II, III do referido artigo, sanções essas não privativas de liberdade:

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

- I- advertência sobre os efeitos das drogas;
- II- prestação de serviços à comunidade;
- III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Para que o indivíduo seja identificado como um usuário, o juiz atenderá alguns critérios, conforme o § 2º do art. 28 da Lei, critérios que temos como problema central do nosso artigo.

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

O tráfico de drogas no Brasil é um dos maiores problemas de nossa atualidade, pois este decorrente de vários fatores, seja por motivos sociais (de onde vive), problemas familiares ou mesmo como forma de “emprego”, uma vez que o tráfico de drogas é um dos mais comuns atos ilegais e que gera o maior lucro para os responsáveis. O tráfico de drogas possui uma estrutura extremamente organizada, estrutura essa, que vai desde os cargos

mais altos como chefes de boca de fumo, aos mais baixos como, por exemplo, “aviãozinho” “vapor”, entre outros.

Tal ato é considerado crime, tendo em vista que é um dos que geram os maiores problemas da sociedade, não nos referimos apenas ao descarte físico, pois são conhecidos os malefícios que as drogas causam à saúde de um indivíduo, como a agressão, dependência química, mas sim social, uma vez que é nítida a guerra entre o Estado e o tráfico de drogas.

A figura do traficante está tipificada no art. 33 da Lei 11343/06, e nos traz dezoito verbos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Considera-se ainda, traficante aquele que, fornece mesmo que gratuitamente, ou seja, sem a cobrança de valores ou preço pela droga conforme § 3º da referida Lei. Além do mais, o crime de tráfico de drogas não se discute a modalidade culposa, existindo apenas na modalidade dolosa, quando o indivíduo tem a pretensão de praticar o tráfico, que irá se consumir quando houver a prática de um dos núcleos do art. 33.

A pena aplicada ao caput do art. 33 é de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de multa, a Constituição Federal considera ainda um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia em seu art. 5º, inc XLIII:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Sendo este crime hediondo, uma das consequências será uma maior rigidez para que ocorre a chamada progressão de regime, assim como a concessão de outras benesses.

Nas condutas praticadas antes do pacote anticrime, a progressão será de 2/5 (dois quintos) de cumprimento efetivo, se primário, e de 3/5 (três quintos), caso seja reincidente.

1.2 IMPACTOS DA LEI DE DROGA NO BRASIL

A lei de drogas no Brasil é um tema complexo e polêmico, que envolve aspectos jurídicos, sociais, econômicos e de saúde pública. A lei atual, que entrou em vigor em 2006,

é a Lei 11.343, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e estabeleceu as normas para prevenção, tratamento, repressão e controle do uso e do tráfico de drogas ilícitas no país.

No Brasil, existem grupos que são a favor da legalização, que se manifestam em passeatas pelas ruas, um exemplo é a realização da marcha da maconha. Esse evento é realizado, anualmente, por diversos países, trata-se de um dia de luta e manifestações favoráveis às mudanças nas leis relacionadas à proibição da maconha, em que se busca a regulamentação do seu comércio e o uso recreativo, medicinal e industrial (Queiroz, 2008,p.10).

Os argumentos a favor da legalização apontam alguns benefícios, como: a diminuição da violência, o enfraquecimento do tráfico, a arrecadação de impostos sobre o produto, além de suas importantes propriedades medicinais (Tiba, 1998; Robisonson, 1999, p.9).

O comércio ilegal da maconha nutre diferentes problemas na sociedade brasileira, já relatados, como o tráfico de drogas e a disseminação da violência, transformando o Brasil em um país cada vez mais violento (Robinson, 1999; Carvalho 2007, p.11).

Os movimentos pró-legalização da maconha acreditam que, com a venda, o cultivo e a industrialização legal da planta enfraqueceriam o tráfico. Além disso, com sua venda legal, os usuários não iriam correr o risco de envolver-se com traficantes e procurariam um jeito mais viável para comprá-la (Araújo, 2014, p.11).

Com a crescente população carcerária do Brasil e os altos custos para sua manutenção, esperasse que, com a liberação do uso da maconha, se possam reduzir os referidos gastos e investir o dinheiro na saúde, educação e outros setores. Além disso, o Brasil economizaria o dinheiro atualmente gasto para perseguir, processar, julgar e manter presas as pessoas que comercializam essa substância (Queiroz, 2008; Araújo, 2014, p.11).

Outro ponto positivo que pode ser analisando, com a liberação da venda da maconha no país, é a arrecadação de impostos sobre o produto. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, nos estados onde é permitida a comercialização da maconha, arrecadam-se milhões de dólares pelas vendas da maconha, dinheiro que é investindo em outros setores, como: saúde, educação, lazer etc. (Araújo,2014, p.11) .

Além do exposto anteriormente, importantes estudos clínicos observaram que a *Cannabis Sativa* e os canabionoides oferecem benefícios aos pacientes que possuem quadro de saúde irreversível, sem possibilidade de cura, como os portadores de câncer em fase terminal, os portadores de síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS) e doenças

nerológicas (Bonfá *et al.*, 2008 p.11). Os enfermos que consomem a maconha sentem menos dor, ficam mais calmos e menos depressivos (Cohen, 1988; Carlini, 2006, p.4).

Depois de grandes discussões e o reconhecimento do efeito terapêutico e a possibilidade de manter os enfermos em boas condições clínicas, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorizou, no dia 21 de março de 2016, que, a partir da prescrição médica, fica permitida a importação, por pessoa física, de medicamentos e produtos com componentes derivados da maconha (canabidiol e THC) em sua composição, apenas quando destinados para consumo próprio nos casos de tratamento de saúde, previamente comprovado em laudo médico. Entretanto, esta agência comunicou um alerta à imprensa (Anvisa, 2016, p. 1) que:

Muitos desses produtos não são registrados como medicamentos em seus países de origem, não tendo sido, portanto, avaliados por qualquer autoridade sanitária competente. Assim sendo, não é possível garantir a dosagem adequada e a ausência de contaminantes e tampouco prever os possíveis efeitos adversos, o que implica riscos imprevisíveis para a saúde dos pacientes que os utilizarão.

A autorização do uso da planta para casos especiais, a Anvisa divulgou algumas regras a serem seguidas. Uma delas é que as pessoas devem ser cadastradas e apresentar um laudo médico; com a autorização concedida pela Agência, o indivíduo poderá fazer a compra do produto pela internet ou telefone, o gasto mensal com a referida droga estima-se que seja de, aproximadamente, US\$ 250. Para facilitar o acesso ao produto, a Anvisa autorizou hospitais, secretarias de saúde, planos de saúde e outros órgãos a comprar o medicamento, para que assim sejam realizadas compras coletivas para beneficiar aqueles pacientes que não possuem condições financeiras de arcar com o tratamento (Mariz, 2016, p.12).

Em constante avanço e atualização e tendo como objetivo permitir novos tratamentos aos pacientes com doenças crônicas e degenerativas, em novembro de 2016, “A Justiça Federal do Distrito Federal determinou que a Anvisa retirasse o THC da lista de substâncias proibidas no Brasil.” (Souza, 2016, p.1). Adicionalmente foi requisitado o desenvolvimento de testes para avaliar os parâmetros farmacocinéticos e farmacodinâmicos dos medicamentos derivados da maconha, incluindo os produtos internacionais (Souza, 2016, p.12).

A legalização da maconha e/ou derivados para o uso recreativo e especificamente para sua utilização medicinal, aponta vantagens econômicas e sociais. E, mesmo diante de possíveis efeitos adversos/colaterais, muitos pacientes encontram-se aliviados por saberem que passaram a ter mais uma opção de tratamento, seja na direção da cura ou como medidas paliativas.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (Lenad), em 2012, quando foram entrevistadas 4.607 pessoas, com idade acima de 16 anos, em todo o Brasil, 75% dos entrevistados opinaram contra a proposta da legalização da maconha (Lenad, 2012, p. 8).

As pessoas que são contra a legalização da maconha justificam que este não seria o caminho mais viável, uma vez que motivaria os jovens e adultos ao consumo, além de alegarem que o acesso legal seria a porta de entrada para o consumo de outras drogas também prejudiciais, como cocaína e o êxtase (Tiba, 1998; Carvalho, 2007, p. 8).

Mesmo a maconha sendo a droga mais consumida e vendida no Brasil, é difícil imaginar que sua legalização acabaria com o tráfico, pois o mesmo traficante que comercializa a maconha também pode vender outras drogas, como o crack e a cocaína. E, como consequência, todo esse comércio mantém o financiamento do crime organizado (Queiroz, 2008, p. 8).

Estudos recentes relatam o aumento no consumo e no número de novos usuários, principalmente entre os jovens de 16 a 25 anos que, na maioria das vezes, experimentam por curiosidade ou influência de amigos. É nessa fase que os jovens passam por diferentes experiências na vida, ficando mais vulneráveis ao consumo das drogas. Usar a maconha pode ter um alto risco e impacto no desenvolvimento dos jovens, a ação dessa droga na fase de formação cerebral pode ser irreversível (Marllat, 2004; Araújo, 2014, p. 9).

De acordo com Marllat (2004), os usuários de droga são menos produtivos, ou seja, têm dificuldades em concluir os estudos ou de manter o emprego, o que causa certo impacto social. Além disso, o consumo das drogas é considerado contagioso, ou seja, os usuários podem induzir outras pessoas a experimentarem-nas. Robinson (1999, p. 45) acrescenta “O uso contínuo da cannabis pode provar alterações de síndrome de falta de motivação. As mudanças incluem apatia, perda de ambição e energia, baixa concentração, e um declínio de desempenho no trabalho e nos estudos.”

Um dos principais argumentos dos proibicionistas são os danos que essa droga pode fazer para a saúde das pessoas, como dependência, alterações cerebrais, transtornos mentais, câncer e doenças pulmonares. Em alguns casos, pode causar a morte prematura dos seus usuários (Marllat, 2004, p. 9). Conforme relata Renato Lopez (2007, p. 240):

Em relação a saúde mental, pessoas com problemas psicológicos podem ter um aumento grave no risco de casos de surtos psicóticos. O uso crônico da maconha por aumenta em cerca de 5% a incidência de surtos em pessoas sem predisposição inicial e pode perpetuar no caso de pessoas suscetíveis. Outro problema que a maconha pode causar é a dependência psicológica. Ela é caracterizada, sobretudo, por mau humor, irritabilidade, perda de apetite e intensificação na quantidade de sonhos.

Além das consequências que a maconha poderá provocar na saúde do usuário, arrisca-se a atingir familiares e amigos, independentemente de classe social (Laranjeira *et al.*, 1998). Todos estão vulneráveis às drogas, visto que são de fácil acesso, pois estão presentes em quase toda parte, como nas escolas, nas ruas e, principalmente, nas festas (Marlatt, 2004, p. 9).

Muitas pessoas começam a usar maconha na fase da adolescência, por influência de amigos ou por vontade própria. Relatos de usuários indicam que o fator que induz o indivíduo a utilizar pela primeira vez a droga está relacionado à curiosidade, em conhecer e sentir os seus efeitos sobre o organismo. Além disso, muitos acreditam que serão capazes de evitar o vício, mas alguns indivíduos tornam-se dependentes da maconha logo após o primeiro uso (Robinson, 1999; Freitas, 2002, p. 9).

O impacto do vício pode ser avassalador para os familiares, que são inevitavelmente atingidos pelo processo, pois se espera que, independentemente da situação, os parentes zelem pelos usuários. Em situações extremas, já foram noticiados diversos casos em que os pais prendem os seus filhos usuários em casa e, em alguns casos, os acorrentam para evitar o consumo das drogas (Marlatt, 2004, p. 9). Esses casos extremos relatados prejudicam qualquer família, o sofrimento é visível, muitas pessoas perdem filhos, pais, mães, tios, primos, irmãos para o mundo das drogas, um caminho que nem sempre tem volta (Tiba, 1998, p. 10).

Além do exposto, outro importante argumento que deve ser abordado é a falta de estrutura para o tratamento de dependentes químicos no Brasil. Portanto, partindo do pressuposto de que, com a liberação do uso da maconha, poderia haver o aumento no número de dependentes, este não seria o caminho mais viável uma vez que oneraria a saúde pública, que já apresenta condições precárias para o tratamento de qualquer outra doença (Araújo, 2014, p. 10).

Para exemplificar, somente no estado do Espírito Santo, o governo estadual gasta cerca de 55 mil reais por dia com a internação de dependentes químicos, cada paciente custa cerca de 14 mil reais por mês (Lemos, 2015, p. 10). Outro dado relevante, somente no estado de São Paulo, são gastos cerca de 1.350 reais, por mês, por dependente, quatro vezes mais o valor que se gasta com a educação dos estudantes no ensino médio.

O Brasil não é o único país a adotar o proibicionismo no consumo de drogas. A maconha é proibida em quase todos os países do mundo, onde existem leis que proíbem seu uso, cultivo e posse (Burgierman, 2002, p.10). Países, como Alemanha, China, Irã, Israel, dentre outros, apresentam uma legislação de combate às drogas semelhante á do Brasil. Nesses países, o uso de drogas não é permitido de forma alguma. Por exemplo, em

países, como China e Israel, a pessoa que for pega consumindo ou vendendo drogas pode ser punida com prisão perpétua ou com a pena de morte (Araújo, 2014, p. 10).

Diante do exposto, o tráfico de drogas e os prejuízos sociais entrelaçados a isso mostram que, apesar de cada país possuir diferentes formas de legislar e de combater as drogas, todos buscam alcançar os mesmos objetivos, de pôr fim a esse grande problema mundial. Entretanto, em sua maioria, o modelo do proibicionismo foi adotado por diferentes países, incluindo o Brasil que, apesar de esforços, não tem sido eficaz em conter a ampliação do narcotráfico.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ART. 28 DA LEI 11.343/2006

O artigo 28 Lei 11.343/06, a posse de maconha para uso pessoal se adapta perfeitamente aos conceitos de intimidade e vida privada, ou seja, o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343, de agosto de 2006, não prevê conduta além da intimidade e da vida privada do indivíduo, o que demonstra sua inconstitucionalidade por violar o art. 5º, inciso X da CF, o limite do direito penal para tutelar as ações que causam autolesão e o direito à saúde pública (Brasil 1988).

A discussão se inicia com a ideia de que a pessoa que consome qualquer substância, lícita ou ilícita, que o único abalo é em sua própria saúde tem o direito de fazê-lo. Essa discussão se acalorou recentemente quando a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com o Recurso Ordinário n.º 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida. Neste recurso a discussão é fundamentada no artigo 102, III, 'a' da Constituição Federal, que prevê o cabimento do Recurso Extraordinário nos casos em que uma decisão judicial contraria dispositivos constitucionais. Antes de avançar na discussão da inconstitucionalidade, vale a pena fazer uma breve síntese do recurso da Defensoria Pública.

Silva (2020) menciona que o caso concreto que motivou o recurso extraordinário foi uma apreensão de drogas dentro do Centro de Detenção Provisória da cidade de Diadema/SP. O detento Francisco Benedito de Souza, que estava recolhido no centro de detenção, tinha três gramas de maconha dentro de sua marmita. Condenado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 pelo crime de posse de drogas para consumo pessoal. Inconformado com a condenação, em primeira e segunda instância, Francisco representado pela Defensoria Pública, ingressou com o Recurso Extraordinário alegando que a criminalização do consumo de drogas fere o disposto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Brasil, 1988, não paginado).

O Ministério Público alega que o bem protegido é a saúde pública, pois o viciado tende a aumentar o vício em toda sociedade. O recurso começou a ser julgado em 2015 tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes. O voto do ministro relator foi pelo reconhecimento da inconstitucionalidade e foi acompanhado pelos votos dos ministros Roberto Barroso e Edson Fachin. O ministro Teori Zavascki pediu vista do processo e, após seu trágico falecimento, o processo encontra-se suspenso. A discussão a respeito da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 não teve início com recurso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Essa discussão é anterior, inclusive, a promulgação da Lei de Drogas.

Carvalho (1996) destaca que a descriminalização pode ser apontada, desde a perspectiva alternativa, como um dos requisitos fundamentais para o respeito e tutela dos direitos e garantias de primeira (direitos individuais), segunda (direitos coletivos) e terceira geração (direitos difusos). Portanto, muito antes da atual Lei de Drogas, diversos estudiosos de Direito Penal já apontavam que a criminalização das drogas para consumo pessoal feria os direitos fundamentais. A discussão se acalorou após a promulgação da Lei 11.343/06.

O autor defende que a proibição do porte para uso fere direitos fundamentais, sendo que o sustentáculo da programação punitiva ocorre em dois pontos relevantes: (a) ser o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 de perigo abstrato e (b) ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. O discurso da periculosidade presumida do ato (expansividade) e do escopo da lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente, sobretudo, da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista. (Carvalho, 1996)

A discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 se dá em torno de alguns princípios constitucionais e do próprio Direito Penal, tendo em vista que o discurso proibicionista em prol da saúde pública não conseguiu legitimar a violação destes princípios. Além do princípio constitucional do artigo 5º, inciso X, fere também o princípio da alteridade do Direito penal, que prevê que os danos de uma conduta para ser passíveis

de punição penal devem transcender a pessoa do próprio autor, lesando bens ou interesses de terceiros (Silva 2020).

O artigo 28, que criminaliza a posse de droga para consumo, é inconstitucional, porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual compete-lhe decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo. Assim, por força do princípio da lesividade²¹, só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pelo qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria (Queiroz 2014).

Há claras demonstrações de que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional, por ser uma evidente tentativa do Estado tutelar a vida particular do cidadão, em descompasso com os direitos e princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

O Brasil foi construindo sua política anti-drogas, baseada no discurso punitivista de que as drogas são as grandes inimigas da sociedade. Em 1976 promulgou uma de suas mais importantes legislações de combate às drogas, lei que previa uma pena de três a cinco anos para quem se enquadrasse no crime de tráfico de drogas. Lei 6.368/76 colocara de vez o Brasil na Guerra às Drogas, e fomentava o encarceramento de quem fosse surpreendido com qualquer substância proibida.

O grande marco da legislação de drogas no Brasil foi a Lei 11.343/06, a lei que surgiu com elogios de grande parte dos intelectuais e estudiosos das questões penitenciárias no Brasil, porque separava as figuras do traficante e do usuário. Punia duramente o traficante, afinal a Guerra às Drogas não interrompe seu curso, mas abrandava as punições para o usuário, que era visto como uma vítima do criminoso e deveria ser tratado por conta de sua dependência química.

Vale ressaltar que muito embora tenha sido recebida com entusiasmo pelos ativistas do desencarceramento, a lei teve o efeito reverso: aumentou em 300% o número de encarcerados por tráfico de drogas no país de 2005 a 2016. Esse aumento exponencial se dá pelo aspecto subjetivo que a lei trouxe ao tipificar as figuras do traficante e do usuário, deixando a cargo da autoridade policial, de forma subjetiva, enquadrar o abordado no crime de tráfico de drogas ou de posse para consumo pessoal. Essa subjetividade da lei ultrapassa o poder do policial nas ruas e replica esse julgamento, por vezes eivado de preconceitos, nas delegacias e nas salas de audiência de todo país.

2.1 A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DENTRO DO ART. 28.

A constitucionalidade do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 é um tema bastante debatido na doutrina. Embora alguns doutrinadores considerem o crime de porte ilegal de drogas para consumo próprio como inconstitucional, em especial os cientistas da criminologia, os penalistas entendem que a criminalização dessa conduta é plenamente adequada, não havendo violação a carta Magna de 1988.

Segundo aqueles que defendem a inconstitucionalidade do crime, pode haver violação do direito à privacidade garantido no artigo 5º, inciso da Constituição Federal, assim como o direito à autodeterminação e, ainda, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Maria Lúcia Karam leciona que:

Mantendo a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei 11.343/2006 repete as violações ao princípio da lesividade e às normas que, assegurando a liberdade individual e o respeito à vida privada, se vinculam ao próprio princípio da legalidade, que, base do Estado de direito democrático, assegura a liberdade individual como regra geral [...]. A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas e seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros são condutas que não afetam qualquer bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser.

Há também autores que discordam com a tese de inconstitucionalidade do delito em questão. Como exemplo, Vicente Greco explana a justificativa da incriminação contida no artigo 28 da nova Lei de Drogas é o perigo social que a conduta perpetrada pelo agente representa. Até mesmo aquele que é viciado, quando traz a droga consegue, e antes de consumi-la, põe em risco a saúde da coletividade, isto porque constitui fator determinante na difusão de entorpecentes.

O toxicômano não é só praticado no tráfico, com o intuito de adquirir dinheiro para comprar droga, mas também está, psicologicamente, predisposto a induzir outras pessoas ao vício, “para que com partilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.” (Greco Filho, 2009, p.9).

2.2 O POSICIONAMENTO DO STF NA LEI DE DROGAS.

A proibição do consumo próprio traz é o fato de que, o sistema para concluir se a droga realmente é destinada para consumo próprio ou traficância é de praxe, a atitude suspeita, certa quantidade em dinheiro e, principalmente, sua condição social. Visto que, a similaridade no que dispõe o artigo 33 da Lei 11.343 (tráfico) e o artigo 28 (uso pessoal) da mesma lei, é gritante. Nessa lógica, Salo de Carvalho entende que

ao comparar as elementares típicas do art. 28 e do art. 33 da Lei de Drogas [...] percebe-se que em relação aos elementos objetivos do tipo, ou seja, às circunstâncias que permitem identificar empiricamente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio da incriminação, existe espantosa similaridade, quando não plena correspondência. Processo idêntico em relação aos verbos nucleares (Carvalho 2010, p. 202).

Não há fatos objetivos para determinar a real da destinação da droga, fica com a autoridade policial competente que conduzir a ocorrência, realizar esse efeito. O que consequentemente, ocasiona um grande problema: meros usuários sendo atuados como traficantes, segundo Greco e Rassi (2007, p.48) a quantia da substância entorpecente é significativo, contudo, o magistrado deve analisar todo o contexto em que se deu o flagrante, se o agente possui bons antecedentes ou se dedica a atividades criminosas.

Durante o debate que ocorrera no Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral de número 635, a suprema corte está julgando constitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, que para diferenciar traficante de usuários descreve penas alternativas para “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. As penas podem ser prestação de serviços comunitários, advertência sobre os efeitos das drogas e cursos educativos obrigatórios.

Segundo o ministro Gilmar Mendes (2015) para a distinção entre usuário e traficante é indispensável que se tenha critérios objetivos para a sua caracterização, tais como a quantidade ou a natureza da droga. Em seu brilhante voto, teve o seguinte posicionamento:

[...] a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos. Destacou também que se trata de uma punição desproporcional do usuário, ineficaz no combate às drogas, além de infringir o direito constitucional à personalidade.

O voto do Ministro Gilmar Mendes os Ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Rosa weber ao pronunciarem seus votos, sendo absolvido assim, o apelante.

Imprescindível analisarmos ainda, o posicionamento do Defensor Público Rafael Muneratti, que elucidou no mesmo recurso discutido no STF em 2015, a ineficiência do proibicionismo, ao destacar que este sistema não oferece nada de vantajoso para a sociedade muito menos ao indivíduo usuário, para ele é evidente que o Estado está se isentando de seu dever e atribuição ao optar por outras medidas que não seja pela educação e saúde, vez que a punição, além de ineficiente, se mostra mais trabalhosa e custosa para o judiciário (Apadep, 2015).

Também segundo o Defensor Muneratti (2015), a segurança jurídica é necessária, para garantir que, para cidadão que for apenas mero usuário não ocorrerá o risco de ser preso, defronte à injustiça da discricionariedade.

Já que não há elementos objetivos para se determinar a real destinação da droga, fica com a autoridade policial que conduzir a ocorrência, realizar esse feito. O que conseqüentemente, ocasiona um grande problema: meros usuários sendo autuados como traficantes.

O posicionamento do ministro do STF, Luís Roberto Barroso, que expôs em seu voto o imenso problema que as drogas têm trazido para o país é a realidade de que inúmeros jovens primários, com boas condutas e bons antecedentes são lançados ao cárcere do sistema penitenciário. Jovens estes que não oferecem riscos, mas ao sair da prisão se tornam pessoas perigosas. Ainda segundo Barroso, de 2006 a 2013 subiu de 9% para 27% a escala de presos por crimes drogas (Notícias stf, 2015). O número de encarcerados pelo crime de tráfico de drogas vem subindo gradativamente.

Segundo Carvalho, após pesquisa sobre os efeitos da repressão no sistema carcerário, conclui o aumento de presos por porte de drogas após o advento da nova lei.

Se os dados sobre encarceramento no Brasil, ao longo da última década, indicam curva ascendente – de 137,08 presos por 100.00 habitantes em 2000 para 228,06 em 2007 -, a política de repressão às drogas acrescenta importante cifras, sobretudo se analisado o índice de encarceramento em relação aos demais bens jurídicos violados (Carvalho 2010, p. 157).

Tem-se que o elevado encarceramento decorrente da política criminal de drogas, não fez diminuir o uso e o comércio dessas substâncias no país, portanto, sabe-se que as pessoas continuam usando drogas apesar da repressão, mesmo que elas sejam proibidas, e que elevar o número de presos por tráfico de drogas, não fez diminuir nem o consumo, nem o comércio dos entorpecentes.

2.3 ARGUMENTOS CONTRA DA DESCRIMINALIZAÇÃO.

A conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, separa as visões doutrinárias acerca de sua natureza jurídica, se a conduta teria sido despenalizada ou descriminalizada.

Os doutrinadores, que entendem que a conduta foi apenas despenalizada, são contra os argumentos apresentados pela descriminalização da posse de drogas, pois entendem que a conduta continua sendo crime, tendo em vista que a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLVI, penas diferentes das privativas de liberdade.

A redução do crime é importante para remover certos atos do seu registo criminal. Segundo Raul Cervini (2002, p. 81), o estigma “é semelhante à exclusão legal ou de facto de certos atos não graves do âmbito do direito penal que já não são crimes”.

Existem três tipos possíveis de descriminalização: legal, passiva e de facto, desencadeada quando as normas existentes já não correspondem à realidade actual, à medida que a sociedade passou por um processo de desenvolvimento. O resultado é um comportamento socialmente inadequado.

O delito de posse de drogas tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06, “o fato continua sendo ilícito (proibido), não se afasta do Direito Penal, porém, deixa de ser considerado formalmente “crime””, serve de exemplo para o caso em que a norma existente não corresponde mais com a realidade atual, passando a ser um ilícito *sui generis*. Retira-se da conduta a etiqueta de “crime (embora permaneça a ilicitude penal)” (Gomes, 2007).

Segundo Cervini (2002, p. 81):

[...] a descriminalização formal, de jure ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma ‘apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas’, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição).

A descriminalização substitutiva se configura quando as penas são substituídas por sanções de outra natureza, “embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável” (Cervini, 2002, p.82).

Um exemplo de descriminalização substitutiva, a transformação de delitos de poucas influências em infrações administrativas ou até mesmo fiscais, penalizados com multas.

No mesmo sentido, o doutrinador Cervini (2002, p. 81) entende que ocorre em, “[...] casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de carácter disciplinar”. Por fim, a descriminalização de fato é:

quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o carácter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena (Cervini, 2002 p. 83).

A descriminalização é uma abordagem que afasta o carácter criminoso de um determinado ato, tornando-o legal e não sujeito a sanções penais. Por exemplo, o adultério foi completamente descriminalizado, o que significa que não é mais punido pela lei.

Por outro lado, a despenalização não visa eliminar a natureza ilícita da conduta, mas sim oferecer alternativas às penas privativas de liberdade. Em vez de prisão, medidas e penalidades diferentes podem ser aplicadas para evitar a restrição da liberdade.

Com o intuito de melhor esclarecer, Cervini (2002, p. 85) conceitua despenalização como “o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”.

Por despenalização, pode-se entender, segundo Zaffaroni (2004, p. 340-1):

[...] “ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.

Com o mesmo entendimento, Gomes (2007), na Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, expõe:

[...] significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração. A lei dos juizados criminais (Lei 9.099/1995), por exemplo, não descriminalizou nenhuma conduta, apenas introduziu no Brasil quatro medidas despenalizadoras (processos que procuram evitar ou suavizar a pena de prisão).

Os conceitos de descriminalização e despenalização, vamos apresentar os argumentos contra a possível descriminalização da posse de drogas.

Os argumentos contrários à descriminalização da posse de drogas baseiam-se em várias alegações, sendo uma das mais relevantes relacionada aos efeitos negativos que as drogas exercem sobre a coletividade. Nesse contexto, o bem-estar da coletividade deve prevalecer sobre o direito individual do agente.

Seguindo essa mesma linha, opõe-se à descriminalização do delito de posse de drogas o argumento de que, ao contrário do que é sustentado por uma minoria da doutrina, a posse afeta diretamente o bem jurídico tutelado: a saúde pública. Portanto, não é possível justificar a aplicação do princípio da alteridade nesse contexto. Nas palavras de Nucci (2014, p. 285):

não se pune o porte da droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade”.

A posse de drogas, mesmo que seja uma quantidade ínfima encontrada em posse do agente, já é suficiente para representar um risco à sociedade. Nesse contexto, os argumentos que sustentam a aplicação do princípio da insignificância perdem força. De acordo com Capez (2011, p. 760), “o Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da insignificância não é aplicável, pois não preenche determinados requisitos”.

[...] o Supremo Tribunal Federal, recentemente, traçou alguns vetores para a incidência desse princípio, quais sejam: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Segundo essa Corte, tais vetores, capazes de descaracterizar no seu aspecto material a tipicidade penal, não estariam presentes na conduta de portar pequena quantidade de droga. Com efeito, “o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes) — por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar em seu aspecto material, a própria tipicidade penal — tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância. (Capez, 2011, p. 760).

O argumento utilizado em defesa da descriminalização é que ela ofenderia o princípio da ofensividade. No entanto, essa alegação não merece prosperar. Isso ocorre porque, ao se tratar de um delito de perigo abstrato e por apresentar grande potencial ofensivo para o convívio em sociedade, é possível presumir o dano. Dessa forma, o direito penal pode intervir de forma antecipada para evitar lesões ao bem jurídico tutelado.

Com o mesmo entendimento, afirma Renato Brasileiro (2014, p. 690):

[...] A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.

Ao enfrentar o mérito da questão, no mesmo sentido, argumenta o doutrinador Capez (2011, p. 759):

[...] a partir da premissa acima mencionada, houve quem tentasse construir o entendimento de que o porte de pequena quantidade de droga configuraria fato atípico, uma vez que não representaria nenhum perigo social. Isso porque, se o agente traz consigo uma quantidade tão ínfima que só ele pode consumir, inexistiria o perigo de cedê-la a terceiros. Sem o perigo social, desapareceria o crime. Prevaleceu, no entanto, a tese contrária, no sentido de que esse delito é de perigo abstrato. De fato, é irrelevante a quantidade de droga portada para a caracterização do delito previsto nesse artigo. O STF repeliu com firmeza algumas decisões que descriminavam a quantidade de menos de um grama de maconha. O crime é de perigo abstrato, daí a irrelevância da quantidade. O Superior Tribunal de Justiça também vem se posicionando nesse sentido. Em que pese esse entendimento, atualmente cresce na doutrina a corrente que sustenta a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, em face do princípio do estado de inocência e da ofensividade ou do *nullum crimen sine iuria* (sem comprovada ofensa ao bem jurídico, não existe crime). Defendem que não existe crime de perigo abstrato: Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus. Entendemos, no entanto, que subsiste o crime de perigo abstrato em nosso ordenamento legal.

Diante ao exposto, o Supremo Tribunal Federal (2007, p. 516-523), entendendo ser incabível a descriminalização da posse de drogas, optou apenas pela despenalização da conduta, enfrentando a questão da seguinte maneira:

[...] Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer

um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (BRASIL, STF - RE: 430105 RJ Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-042007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

2.4 ARGUMENTOS A FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO.

Recorde-se que a criminalização do porte de drogas fracassou, no contexto do crescente número de consumidores e traficantes, a solução mais adequada hoje seria a legalização do porte de drogas.

Não há dúvida de que se as drogas forem legalizadas o número de usuários aumentará muito, por outro lado o número de traficantes diminuirá, pois com a descriminalização da posse de drogas, eles perderão o seu lugar.

Dessa forma, no longo ou médio prazo, tal descriminalização poderá trazer benefícios importantes, como: a) uma redução significativa no número de prisões no Brasil, uma vez que muitos traficantes de drogas são pessoas que usam drogas e acabam vendendo a droga para apoiar seu vício; b) reduzir o número de casos que serão julgados pelos judiciário, pois o porte de drogas gera muitos casos que devem ser julgados por um juiz, sendo que a grande maioria acabam por arquivar o processo penal, devido ao princípio da insignificância ou pela aplicação da transação penal; c) com uma política de drogas adequada, o número de usuários poderá ser reduzido, pois isso facilitará o tratamento e a recuperação destes indivíduos.

Outro benefício potencial é a redução da criminalidade, uma vez que é apoiada pelo comércio de drogas e ao tirar este incalculável lucro das mãos dos traficantes de

drogas, seria reduzido a zero seu poder de aquisição de armas de fogo, bem como seu poder de corrupção.

Portanto, o nível de criminalidade será bastante reduzido e a possibilidade da incidência das ações criminosas tais como: roubo, homicídio e latrocínio seriam menores. A maioria desses delitos está relacionada ao tráfico de drogas.

Portanto, o Estado resolverá o problema causado pelas drogas de forma mais eficaz do que vem tratando até o momento, investindo na área da saúde e educação, através de projetos e criações de clínicas de tratamento e reabilitação e tratamentos de dependes químicos, que poderia obter uma resposta melhor do que vem obtendo com a criminalização da conduta e com suas penas alternativas ineficazes aplicadas aos usuários de drogas.

A descriminalização da posse de drogas se analisada com a incidência dos princípios do código penal, possibilitaria retirar o rótulo de crime da conduta ora tipificada no artigo 28, caput, da Lei n. 11.343/06, haja vista que este delito tipificado entra em conflito com vários princípios penais, tais como, o princípio da ofensividade, o princípio da alteridade, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da insignificância, o princípio da adequação social e o princípio da intervenção mínima.

A incidência do princípio da ofensividade, no delito de posse de drogas, gera a incompatibilidade da conduta com o direito penal. Não merecendo o tutelado do mesmo, haja vista que não haveria ofensa alguma ao bem jurídico tutelado, neste caso, a saúde pública, considerado que este princípio exige um resultado concreto.

Desta forma, tal princípio sustenta a inconstitucionalidade dos crimes abstratos, como, por exemplo, o delito ora tipificado, tendo em vista que a simples conduta do agente de portar a droga, já seria o suficiente para ser enquadrado no tipo penal. Isto é, o dano ao bem jurídico tutelado, nesta conduta, é presumida, não exigindo o dano concreto, assim sendo, não exige nenhum tipo de resultado para a caracterização do delito.

Sobre o princípio da ofensividade Elisangela Melo Reghelin (2007, p. 63) assevera:

[...] os delitos de perigo abstrato, como o debatido, violam, além do princípio da ofensividade, a própria presunção da inocência, já que ao revés, atribuiu ao usuário uma presunção periculosidade social, pregada com resquícios da escola criminológica positivista do século XIX, lembrando o Direito Penal do Autor, revestido de caráter totalitário em clara oposição à democracia, tolerância e respeito às liberdades individuais, conflitante com o modelo penal garantista adotado pelo Direito Penal Contemporâneo.

O princípio da ofensividade no direito penal ressalta a importância de considerar a lesão efetiva causada pela conduta criminosa para determinar a responsabilidade do indivíduo perante a lei, o constitucionalista Lênio Luis Streck (2001, p. 54):

[...] Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas in abstracto, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, o princípio da alteridade preserva que apenas pode ser responsabilizada a conduta do agente que ultrapasse cada categoria, não podendo ser responsabilizada conduta meramente interna, por exemplo, cuja própria conduta é ilustrada no artigo 28, cap, da Lei nº 11.343/06. Considerando que a conduta ora tipificada, no máximo, atingiria tão somente a própria saúde do indivíduo, tornando-se incapaz de ferir o interesse de terceiros.

Alegar que há danos indiretos a terceiros viola a alteridade que deve existir, tratando-se de normas penais incriminadoras, uma vez que é vedada a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor do fato.

Uma das limitações mais preocupantes do direito penal brasileiro está na premissa de que o dano a si mesmo não pode ser objeto de incriminação. No caso da posse de drogas existe apenas uma autolesão à saúde própria do agente, sendo assim, situa-se na esfera da privacidade do indivíduo, e nela é proibido ao direito, especialmente o direito penal, penetrar e impor uma sanção penal ao usuário.

Deste mesmo modo, Greco (2010, p. 100) assevera que, “se o comportamento pertence à esfera privada ou de autonomia do agente, a rigor sequer se coloca a questão do bem jurídico”.

Colaborando com o que foi explicado, Paulo Queiroz (2000, p. 5) assevera:

[...] Somente podem ser erigidos à categoria de criminosos fatos lesivos de bem jurídico alheio, e não atos que representem uma má disposição de direito próprio. Nesse sentido, aliás, é o núcleo do Direito penal brasileiro, visto que não se pune o suicídio tentado, a automutilação, o dano à coisa própria etc., mesmo porque semelhante intervenção seria de todo inútil, desprovida de capacidade motivadora.

Portanto, se torna impossível no direito penal pretender punir o agente que pratica estas condutas. O princípio da alteridade impossibilita o direito penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a si próprio e aos seus interesses. Logo, seria incompatível a conduta supramencionada com o direito penal, uma vez que só condutas que acabem lesionando bens jurídicos alheios são passíveis da atuação do jus puniendi estatal.

De igual forma, Salo de Carvalho (1996, p. 218) afirma:

[...] Nenhuma norma penal será legítima se intervier nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, frutos da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blindam o indivíduo das intervenções indevidas na esfera da interioridade.

Entende-se que o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos sustenta a incompatibilidade da conduta com o princípio em tela, tendo em vista que este princípio veda a incriminação de condutas puramente de valores morais, éticos ou religiosos, limitando a atuação deste direito.

No mesmo modo que não se pode punir uma pessoa por escolher ser praticante de uma determinada religião, ou de incriminar pessoas que praticam relações em troca de dinheiro, não podemos criminalizar as pessoas por escolherem usar drogas porque essas ações apenas influenciarão o seu comportamento. moral, ético ou religioso. O papel do direito penal não é, portanto, fornecer educação moral, mas proteger os bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais intoleráveis.

No mesmo sentido, Batista (2007, p. 91) aponta que “à conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosas ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”.

Com o mesmo entendimento, o doutrinador Garcia Pablos de Molina (1995, p. 265) explica que:

“[...] as incriminações não podem pretender a proteção de meros valores éticos e morais, nem a sanção de condutas socialmente inócuas”, só existindo intervenção legítima do Direito Penal quando este último “salvaguarda interesses ou condições que reúnam duas características”: “a da generalidade (deve tratar-se de bens ou condições que interessem à maioria da sociedade e não a uma parte ou setor desta)” e a “da transcendência” (“bens essenciais para o homem e a sociedade, vitais”), uma vez que o “contrário é um uso sectário ou frívolo do Direito Penal: sua perversão”.

Os usuários de drogas e os dependentes químicos, geralmente carregam uma pequena quantidade de drogas, apenas o suficiente para uso próprio. Desta maneira, considerando a quantidade ínfima, que caracteriza o crime de posse de drogas, seria passível a aplicação do princípio da insignificância.

Considera-se também que de porte de pequenas quantidades de drogas seria impossível afetar e lesar o bem jurídico tutelado, uma vez que estas drogas têm como destino, exclusivamente, o uso pessoal, não sendo possível a distribuição para terceiros, haja vista a ínfima quantidade. Assim, com a incidência do princípio da insignificância a conduta ora tipificada seria atípica.

A aplicação do princípio da insignificância depende de certos requisitos que, na conduta supracitada, estão presentes, qual seja, mínima ofensividade da conduta, haja

vista que o agente que pratica a conduta não oferece nenhum tipo de ofensa, assim como vimos, fazendo apenas, no máximo, mal a si próprio.

A periculosidade social não está presente nesta conduta, uma vez que o delito de posse de drogas não apresenta perigo a sociedade, pois não atinge nenhum bem jurídico de terceiros, bem como, nos dias atuais, a reprovabilidade da conduta não existe por parte da sociedade, sendo que a grande maioria das pessoas não quer que nem o usuário de drogas, nem o dependente sejam presos, e sim tratados.

E por fim, o último requisito seria a inexpressividade da lesão jurídica que, como já foi mencionado, a conduta, por se tratar de quantidades ínfimas, é considerada inexpressiva, uma vez que acaba por não lesar o bem jurídico tutelado.

Conforme os seguintes argumentos, é cabível a aplicação do princípio da insignificância no delito de posse de drogas, segundo Nucci (2010, p. 345):

[...] entendíamos não ser necessária a aplicação do princípio da insignificância, no contexto do art. 28 desta Lei, pois não haveria a fixação de pena privativa de liberdade, em qualquer hipótese. Portanto, ainda que diminuta a quantidade de droga, haveria, ao menos, uma advertência, evitando, no futuro, males maiores. Entretanto, o princípio da intervenção mínima não estaria sendo, fielmente, aplicado. Em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínima que seja, se o bem jurídico tutelado não for realmente lesado. A quantidade ínfima de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração prevista no art. 28.

Com o mesmo entendimento, Gomes (2008, p. 158) assevera:

[...] Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para penal”). Não existe, nesse caso, conduta penal ou punitivamente relevante.

Desta mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal (2007, p.1), já decidiu:

HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. (STF - HC: 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012).

O princípio da adequação social traz que não se poderá ser considerado crime, o comportamento do indivíduo que, embora seja tipificado em lei, não afronte o sentimento social de justiça. Desta maneira e por este princípio, não seria adequado tipificar uma conduta que é aceita pela sociedade, ou seja, a sociedade não quer ver o usuário ser submetido a uma pena privativa de liberdade, mas sim receber o tratamento adequado para ser reintegrado na sociedade.

Assim sendo, este delito não se revestiria de tipicidade. Da mesma forma entende Prado (2002, p. 124) que “a teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”.

Desta maneira, é visível que a sociedade dos tempos atuais, não considera o fato tipificado uma conduta que mereça a atenção e a proteção do direito penal. Por isso, o princípio da intervenção mínima defende que só se pode recorrer ao direito penal, caso os outros ramos não sejam capazes de solucionar o confronto.

Segundo Luiz Luisi (1991, p. 25):

só se legitima a criminalização de um fato se a mesma se constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma será legítima.

Desta forma, considerando que o delito de posse de drogas poderia ser resolvido em outra esfera do direito, seria desnecessária a intervenção do direito penal, uma vez que a posse de drogas poderia ser regulamentada por uma lei ordinária.

Tal lei determinaria o uso, a quantidade por dia e os locais autorizados para compra e uso, sendo que o indivíduo que adquirisse drogas, fora dos locais autorizados, seria submetido a uma multa ou até mesmo a suspensão da autorização de fazer uso de tais drogas. Modelo este adotado em diversos países, mais especificadamente, no país vizinho, Uruguai.

Diante do exposto, e apresentando todos os argumentos a favor da descriminalização da posse drogas, seria possível, com a incidência de todos ou apenas de alguns dos princípios mencionados, retirar o rótulo de crime da conduta ora tipificada, uma vez que todos os princípios apresentados, por alguma forma, acabam por afastar o caráter criminoso da conduta ora tipificada.

De outra banda, os doutrinadores Gomes e Sanches defendem que a conduta tipificada já teria sido descriminalizada e que se trata de infração penal *sui generis*. Fundamentam tal fato com os seguintes argumentos:

[...] Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 (“Dos crimes e das penas”) não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos “crimes de responsabilidade”, que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002, o legislador falava em “mandato” expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandato); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995), cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de “criminoso”, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso positivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis* (Brasil, 2007, Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “*sui generis*” ou infração administrativa?).

Tendo em vista todos os argumentos expostos, é evidente que o delito tipificado no artigo 28, caput, da Lei n. 11.343/06, levanta ainda muitos questionamentos. Assim sendo, através do Recurso Extraordinário n. 635.659, a inconstitucionalidade do delito foi novamente questionada, e, ao se posicionar, optou em acatar os argumentos que defendem a descriminalização da posse de drogas, e argumentou Gilmar Mendes (2015, p. 49):

[...] é possível assentar que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade. Nesse contexto, resta evidenciada, também sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade da norma impugnada, por violação ao princípio da proporcionalidade. [...] Afastada a natureza criminal das referidas medidas, com o conseqüente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, não é difícil antever uma maior efetividade no alcance dessas medidas, além de se propiciarem, sem as amarras da lei penal, novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas mais consentâneas com as complexidades que o tema envolve. (Brasil, STF – Voto Re: 635.659 RJ Relator: Min. Gilmar Mendes).

CONCLUSÃO

Embora se reconheça que não é recente a preocupação com a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal na legislação brasileira, a evolução da forma de penalizar o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 traduz a preocupação do legislador em dar um tratamento diferenciado ao consumo de substâncias entorpecentes.

Com efeito, ainda que a tutela penal deva ser reservada aos bens jurídicos mais caros, a previsão de penas não privativas de liberdade para o consumidor de drogas deixa entrever que o Estado age com cautela na intervenção da intimidade e na vida privada de seus cidadãos. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal já se debruça sobre a análise da constitucionalidade de tal norma incriminadora, deixando entrever a existência de um conflito entre direitos individuais e coletivos.

Contudo, pelo que restou demonstrado, a necessária harmonização que deve existir entre os direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, exige do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais.

É neste aspecto, então, que entra em cena a intervenção de natureza penal. Num primeiro momento, o legislador prevê que a posse, o porte ou o depósito de drogas tenha finalidade específica, ou seja, sirva para o consumo pessoal. Num segundo instante, numa demonstração de proporcionalidade, prevê penas não privativas de liberdade para os que se dedicam ao consumo de drogas, sem o escopo da traficância.

Nessa escalada, para a dita harmonização entre direitos individuais e coletivos, o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada relativiza-se em prol da saúde e incolumidade públicas.

**THE DECRIMINALIZATION OF MARIJUANA AND THE STF'S POSITION:
THE DEBATE ON LAW 11,343/2006**

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the decriminalization of marijuana and the position of the Supreme Court, as typified in article 28 of Law 11.343/06. More specifically, it focused on the possibility of decriminalizing the conduct, based on criminal law, which will be listed and explained throughout the paper. The article seeks to analyze, initially, the changes brought about by the drug law, then the concepts of users and traffickers and the impacts of the drug law on the country were addressed. The above-mentioned law was discussed, with an emphasis on article 28, caput, which deals with possession of drugs for personal consumption, given that it is a crime that has caused great and important doctrinal and jurisprudential debates. Finally, the current position of the Federal Supreme Court was addressed, as well as the application of criminal rights to drug possession.

Keywords: Federal Supreme Court, Decriminalization, Unconstitutionality, Drug trafficking, Criminal Law.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, T. **Almanaque das Drogas**. São Paulo: Leya, 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 635. 659. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso out.2016.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2 ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 110.475/SC**, de 14 de fevereiro de 2012, Brasília, DF, 2007.

CARLINI, E. A. **A história da maconha no Brasil**. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 55, n. 4, 2006.

CAPEZ, Fernando; Curso de Direito Penal — **Legislação Penal Especial**, 2008, Editora Saraiva.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal Parte Geral. **15 ed, São Paulo**: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 4ª Edição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal De Drogas no Brasil. 5ª ed. Rio de Janeiro**: Lumen Juris, 2010.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João D. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>; Acesso em junho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9180>>. Acesso em: junho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William **Terra de. Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. 10 ed. Rio de Janeiro:** Editora Forense, 2014.

QUEIROZ, V. E. **A Questão das Drogas Ilícitas no Brasil.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, 2008.

ROBINSON, R. **O Grande livro da cannabis:** o guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Rio de Janeiro: J. Zahar. 1999.

TIBA, I. **Saiba mais sobre maconha e jovens:** um guia para leigos e interessados no assunto, 4ª ed.Ver. Ampl. São Paulo: Ágora, 1998.