



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

IZABEL MARJORIE LACERDA LINS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE 2006 SOB
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

**JOÃO PESSOA
2020**

IZABEL MARJORIE LACERDA LINS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE 2006 SOB
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

**JOÃO PESSOA
2020**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

L759i Lins, Izabel Marjorie Lacerda.
A inconstitucionalidade do artigo 28 da lei nº 11.343
de 2006 sob análise do recurso extraordinário 635.659
do Supremo Tribunal Federal / Izabel Marjorie Lacerda
Lins. - João Pessoa, 2020.
49 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Lei de Drogas. 2. Inconstitucionalidade. 3. Usuário.
4. Recurso Extraordinário 635.659. I. Batista, Gustavo
Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

IZABEL MARJORIE LACERDA LINS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343 DE 2006 SOB
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 01 DE DEZEMBRO DE 2020.

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. NELSON GOMES DE SANT'ANA E SILVA JUNIOR
(AVALIADOR)**

**Prof. Me. GÊNESIS JÁCOME VIEIRA CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

**À MINHA AVÓ ALMESINDA, A QUEM DEVO
TUDO O QUE SOU E ONDE ESTOU.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a quem, de alguma forma, me incentivou e se alegra na conclusão desta jornada, que não se demonstrou fácil.

À minha família por sempre me dar suporte e por acreditar em mim.

Agradeço a meus amigos e amigas que sempre foram um conforto neste mundo e me dão alegria na dura jornada de estar aqui.

Agradeço em especial a Jéferson, o meu grande amigo e parceiro dos últimos anos, que se tornaram mais leves em razão da sua amizade. À Aline, por sempre me inspirar e me incentivar, como incentivou na feitura deste trabalho. És uma amiga valiosa.

Agradeço a Deus pela vida, a quem eu a entrego e confio.

RESUMO

O presente trabalho engloba as discussões acerca da constitucionalidade do tratamento penal destinado aos usuários de substâncias ilícitas apresentada no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, denominada Lei de Drogas, assunto esse que está em debate na Suprema Corte brasileira. Propomos a reflexão a respeito da política de repressão às drogas no nosso ordenamento jurídico, como a Lei de Drogas trata o usuário, como se dá sua aplicação na prática e as consequências em razão da criminalização das suas condutas. O legislador falha em tipificar as condutas de usuário na lei penal, pois se demonstram fatos antagônicos a aquisição ou posse de drogas para uso próprio e a ofensa à bem jurídico alheio. Ao fazer isso, também falha em não definir critérios objetivos para diferenciação entre usuários e traficantes. Nossa lei, assim, termina por ter resultados desastrosos na prática, encarcerando em demasiado e tratando usuários como criminosos. Além disso, a referida lei sustenta sua constitucionalidade na medida em que não se alinha com os princípios constitucionais-penais basilares para criação de tipos penais, ferindo o Princípio da Lesividade, da Proporcionalidade da lei penal e o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos, obstando inviável e injustificável a regulação de comportamentos internos por meio do Direito Penal.

Palavras-chave: Lei de Drogas; inconstitucionalidade; usuário; Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT

This work encompasses the discussions about the unconstitutionality of criminal treatment for users of illicit substances presented in article 28 of Law 11.343 of 2006, called the Drug Law, a subject under debate in the Brazilian Supreme Court. This paper proposes to reflect on the policy of repression of drugs in our legal system, how the Drug Law treats the user, how it is applied in practice and the consequences due to the criminalization of their conduct. The legislator fails to typify the user's conduct in the criminal law, because it shows antagonistic facts towards the acquisition or possession of drugs for their own use and the offense to the legal good of others, in doing so, it also fails to define objective criteria for differentiation between users and traffickers. Thus, our law ends up having disastrous results in practice, imprisoning too many and treating users as criminals. In addition, this law sustains its unconstitutionality in that it does not align with the basic constitutional-penal principles for the creation of criminal types, hurting the Principle of Lesivity, the Proportionality of criminal law, and the right to privacy and privacy of individuals, impeding the unworkable and unjustifiable regulation of internal behavior through criminal law.

Keywords: Drug Law; Unconstitutionality; User; Extraordinary Appeal 635.659.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - PARÁGRAFO

Art. - ARTIGO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

DPRJ – DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO

Inc. - INCISO

LICP – LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO PENAL

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO

SISNAD – SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJRJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O TRATAMENTO ANTIDROGAS NO BRASIL.....	12
2.1 BREVE HISTÓRIA DA MACONHA E A EVOLUÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL	12
2.2 A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO DE REPRESSÃO	16
3 A LEI 11.343/2006 E O TRATAMENTO PENAL DESTINADO AO USUÁRIO	22
3.1 AS MUDANÇAS INSERIDAS PELA NOVA LEI ANTITÓXICO	22
3.2 O PROBLEMA DA NÃO DIFERENCIAÇÃO OBJETIVA ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE.....	24
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006: O QUE ESTÁ EM DEBATE NO SUPREMO.....	31
4.1 A INJUSTIFICABILIDADE DO TRATAMENTO PUNITIVO	32
4.2 OS VOTOS DOS MINISTROS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659....	36
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O presente tema dessa pesquisa é fruto de inúmeras indagações dentro de um assunto que é extenso e que traz uma gama de ramificações advindas dele: a política de drogas no Brasil. Ao pensar na política de drogas brasileira, de forma geral, nos deparamos com incoerências, ineficácia e grandes prejuízos sociais resultantes da dura legislação que trata sobre o assunto. Desta forma, quando percorremos o caminho de indagar o porquê de haver uma população carcerária tão numerosa no nosso país; por que essa população tem um perfil determinado e amplamente conhecido; por que, após a Lei de Drogas, Lei Nº 11.343/2006, houve um aumento tão significativo de presos e principalmente – presas – por esses crimes; chegamos a um lugar em que não há mais saída: por que, afinal, ser usuário de drogas ilícitas no Brasil é crime? Onde achamos um ponto de congruência entre o fato de um indivíduo usar determinada substância, seja ela lícita ou ilícita, e causar danos a terceiros?

É possível tentar responder estas perguntas de várias maneiras, percorrer por diversos assuntos e teorias, pois se trata de um tema complexo e de difícil resolução. A contribuição que este trabalho pretende trazer, é fazer uma reflexão a respeito da inconstitucionalidade presente na tipificação de crime ao uso de drogas presente no artigo 28 da Lei 11.343/2006, matéria que se encontra no bojo do Recurso Extraordinário 635.659 e elucidar a argumentação trazida nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em razão disto, no primeiro capítulo traremos o foco para a droga objeto do recurso, que é a maconha, e faremos um apanhado sobre a política de repressão mundial e como refletiu na legislação brasileira. Acreditamos ser importante desconstruir a valoração extremamente negativa construída no imaginário social em relação ao seu uso – seja ele recreativo e até mesmo medicinal, e além disso, levantar o problema que é trazido pela legislação e que deságua no judiciário, na prática, resultando em condenações criminais para aqueles que não são criminosos.

No segundo capítulo discutiremos a atual legislação de drogas, o tratamento destinado ao usuário, bem como o problema da falta de diferenciação objetiva entre usuários e traficantes.

No terceiro capítulo levantaremos as hipóteses da insustentabilidade jurídica do tipo penal do uso de drogas ilícitas e por quais razões o artigo 28 da Lei de

Drogas é inconstitucional. Por fim, elucidaremos os três votos proferidos no Recurso Extraordinário 635.659 que se encontra suspenso no Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo terá a fundamentação teórica constituída na legislação, em especial o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, artigos científicos, teses, na jurisprudência. De igual modo, serão abordados aspectos doutrinários no que diz respeito ao tema, com considerações de Carvalho (2016), Greco (2009), Boiteux (2014), haja vista tratar os supracitados doutrinadores da temática abordada nesta pesquisa. Para tanto, serão explorados os conceitos, histórico, regulamentação das drogas e como se dá a sua aplicação prática.

A atual Lei de Drogas, Lei nº 11.343 de 2006, dentre outras coisas, buscou não mais condenar o usuário à restrição de liberdade, mas sim ao amparo e reeducação, prescrevendo “medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” (BRASIL, 2006).

Ainda assim, de acordo com a Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), “o Brasil é um dos últimos países da região latino-americana que ainda incriminam a posse de drogas para uso pessoal”, ferindo direitos e garantias fundamentais constitucionais, como a liberdade e a vida privada, e princípios do direito penal.

Deste modo, percebe-se que ao longo dos anos, a política de repressão às drogas e o que autoritarismo da legislação não inibiu o consumo das mesmas. No entendimento de Carvalho (1996, p.255) “o projeto desriminalizador e a formação real de políticas criminais alternativas são as únicas possibilidades de resistência aos modelos de guerra e de tutela eficaz dos Direitos Humanos”.

De maneira sucinta, por ser um dos objetos deste estudo, importa ainda mencionar, que o Ministro do STF Edson Fachin, em seu voto no RE 635.659 entendeu que “a distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga”. Observando tal circunstância é que será desenvolvida a monografia que terá as referências supramencionadas, fundamentando-se na doutrina e a análise do RE 635.659, STF.

Desta forma, os argumentos apresentados pelos autores utilizados e análise feita aos votos dos ministros do STF do Recurso Extraordinário citado, efetivará o desenvolvimento deste estudo, fundamentando os objetivos apontados e trazendo resposta aos questionamentos feitos no problema da pesquisa.

2 O TRATAMENTO ANTIDROGAS NO BRASIL

A Entendendo a política de drogas brasileira como um problema social, na medida em que sua base repressiva resulta em sérias consequências cotidianamente, refletindo num sistema carcerário que vai além do esgotamento, da violência policial diária, do número de mortes de pessoas que estão na margem da concentração das riquezas, começaremos este trabalho discutindo um dos assuntos polêmicos dentro da temática das drogas: a maconha. No imaginário social, a maconha é a base de um discurso onde ganha o papel de “porta de entrada para outras drogas” e este discurso é encarregado de dar um estereótipo fortemente negativo para seus usuários.

Começaremos tratando deste assunto porque entendemos que há além do tabu, um sentido invertido na guerra às drogas, e, sobretudo, um fracasso na proibição. A maconha tem um importante papel nesta discussão, visto que é uma planta amplamente usada em todo o mundo, tanto recreativamente como medicinalmente. No Brasil, na pesquisa da tese de doutorado realizada pelo juiz Marcelo Semer (apud BELLO, 2019), aponta-se que cerca de 50% das pessoas encarceradas foram presas por estar na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína. Sem outros crimes envolvidos, única e exclusivamente para uso próprio ou de terceiros, sendo então caracterizadas como tráfico, em razão da nossa atual Lei de Drogas, Lei 11.343 de 2006.

É preciso que nossos tabus sejam discutidos, que procuremos entender a raiz do incômodo que determinado assunto nos traz, para que haja uma desestruturação da ideia, que na maioria das vezes, é resultante da ausência de conhecimento. Este capítulo trará um breve do histórico da maconha, de como as políticas de drogas mundiais resultaram na sua proibição, na legislação brasileira, e posteriormente adentraremos na evolução histórica do tratamento antidrogas no Brasil.

2.1 BREVE HISTÓRIA DA MACONHA E A EVOLUÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL

É sabido que o ser humano mantém uma relação com substâncias que alteram seu estado habitual, ou natural, desde que começamos a descobri-las por meio de experimentação em busca de sobrevivência. Como ressalta Vieira (1996, p.

23) “o reflexo de estarmos inseridos em uma sociedade que vive em extremo contato com as drogas não é algo apenas do presente, e sim do início da humanidade”.

A maconha chegou ao Brasil ainda nas primeiras caravelas portuguesas. As velas e o cordame das embarcações eram feitos das fibras de cânhamo, como também é dado o nome à planta. Alguns documentos históricos atestam que as primeiras sementes foram trazidas pelos negros escravizados, e relatam o uso da maconha pelo povo negro e sucessivamente pelo povo indígena, que as cultivavam para uso próprio (CARLINI, 2006). Neste sentido, explica Carlini (2006):

Pouco se cuidava então desse uso, dado estar mais restrito às camadas socioeconômicas menos favorecidas, não chamando a atenção da classe dominante branca. Exceção a isso talvez fosse a alegação de que a rainha Carlota Joaquina (esposa do Rei D. João VI), enquanto aqui vivia, teria o hábito de tomar um chá de maconha. (CARLINI, 2006, p. 315).

Posteriormente, estudos feitos na França na segunda metade do século XIX, atestaram os efeitos hedonísticos da maconha. Porém, foi o uso da Cannabis como produto medicinal que ganhou destaque e foi bem aceito pela classe médica. Começou-se então, a ser comercializada como remédio, inclusive com propagandas disseminadas no território brasileiro, denominada de “cigarrilhas Grimault” (CARLINI, 2006).

Ainda neste sentido, explica o professor Elisaldo Carlini, que “as cigarrilhas Grimault tiveram vida longa no Brasil, pois ainda em 1905 era publicada em nosso meio a propaganda”, indicando-as para “asthma, catarrhos, insomnio, roncaduras, flatos” (CARLINI, 2006).

O que aconteceu posteriormente, é que a maconha sofreu um verdadeiro processo de demonização. Esse processo foi construído ao longo das décadas em conjunto com outras substâncias entorpecentes, mas a primeira discussão acerca da planta, surgiu na II Conferência Internacional do Ópio, em 1924, como consequência da intervenção do representante brasileiro, Dr. Pernambuco Filho. O mesmo propôs a proibição do seu uso, alegando que era “mais perigosa que o ópio” no território brasileiro, como explica Carlini (2006):

Foi também na década de 1930 que a repressão ao uso da maconha ganhou força no Brasil. Possivelmente essa intensificação das medidas policiais surgiu, pelo menos em parte, devido à postura do delegado brasileiro na II Conferência Internacional do Ópio, realizada em 1924, em Genebra, pela antiga Liga das Nações. Constava da agenda dessa conferência discussão apenas sobre ópio e a coca. E, obviamente, os delegados dos mais de 40 países participantes não estavam preparados para discutir a maconha. No entanto, o nosso representante esforçou-se, junto com o delegado egípcio, para incluí-la também [...]. (CARLINI, 2006, p. 316).

Na geopolítica mundial, a partir da década de 30, aconteceram sucessivas Convenções Internacionais presididas pela ONU nas quais foram discutidos os assuntos sobre substâncias entorpecentes e repressão ao tráfico ilícito de drogas. Ao longos dos anos, a proibição relacionada à maconha foi ganhando força e sendo internalizada no ordenamento jurídico brasileiro através da promulgação dos diversos Tratados Internacionais dos quais o Brasil foi signatário. (ALBUQUERQUE, 2018).

Neste sentido, ressalta Salo de Carvalho que, na medida em que o Brasil ingressou no modelo internacional de tratamento à substâncias entorpecentes, a legislação foi ganhando seu caráter repressivo com base no modelo internacional de controle.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes. (CARVALHO, 2016, p. 56).

O mencionado Decreto-Lei nº 891 de 1938, consequência da Convenção de Genebra de 1936, tinha como objetivo estabelecer uma legislação que viesse a regular a temática da fiscalização de entorpecentes no Brasil. O tratamento dado foi uma maior repressão com relação à maconha, visto que incluiu, de uma vez por todas, suas variedades no rol de substâncias tóxicas entorpecentes:

Em relação à Cannabis, especificamente, se o Decreto nº 20.930/1932 já a havia incluído (na variedade “Cannabis Indica”) no rol de substâncias tóxicas entorpecentes, o Decreto-Lei nº 891/1938 tratou de incluir, no mencionado rol, outra espécie de Cannabis: a sativa. Perceba-se também que houve verdadeira generalização em relação à proibição da Cannabis, posto que, além da alusão expressa à Cannabis sativa, na prática, proibia-se qualquer substância relacionada à “maconha e outras denominações vulgares”. (ALBUQUERQUE, 2018, p. 35).

Ressalta Salo de Carvalho que determinada sucessão de acontecimentos que deflagraram na intensa produção legislativa penal era uma resposta à conjuntura política e social da época, visto que o consumo de substâncias ilícitas estava intimamente ligado à um movimento de contracultura e que gerava um pânico moral social:

Com a popularização do consumo da maconha e do LSD durante a década de 1960, mormente pelo fato de estar vinculado à contracultura e aos movimentos de contestação, o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando as primeiras dificuldades às agências de controle penal. Associado às posturas reivindicatórias e libertárias, o uso de drogas ilícitas compõe,

junto com outros elementos da cultura (música, literatura, artes plásticas, cinema, vestuário, alimentação, sexualidade), o quadro de manifestações estéticas das políticas de ruptura. Contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e, consequentemente, gerando o pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. (CARVALHO, 2016, p. 58-59).

Para a criminóloga Rosa del Olmo, a globalização da repressão às drogas se insere no projeto de transnacionalização do controle social, cuja finalidade é dirimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. Neste sentido, cria-se então, um modelo médico-sanitário-jurídico com objetivos de controle social daqueles sujeitos envolvidos com drogas, seja ele consumidor ou traficante. Inclusive, é onde se sustenta esse discurso, denominado “ideologia da diferenciação”, no traço nítido entre “doente e delinquente”, para que estes se adequem aos papéis estereotipados resultantes dos instrumentos de repressão. (OLMO apud CARVALHO, 2016, p. 59-60).

Analizar o panorama sobre a droga a partir da Segunda Guerra Mundial, quando a ONU se torna reguladora internacional do assunto, é importante para a compreensão da consolidação discurso “oficial-científico” sobre as drogas no mundo inteiro. Nesta perspectiva, na década de 1950, a maconha ganhava uma preocupação especial das agências oficiais de controle, pois já era considerada “a erva maldita”, geradora de violência e criminalidade, sobretudo por estar associada aos imigrantes porto-riquenhos e aos negros que lutavam pelos seus direitos civis à época.” (ARGUELLO, 2012, p. 180). Desta forma:

O consumidor passou a ser tratado como um “degenerado” e o traficante como “inimigo externo” (discurso geopolítico), pois havia uma teoria da conspiração comunista que pretendia corromper a juventude norte-americana com as drogas ilegais. O resultado disso foi o discurso oficial (ético-jurídico), que representou o aumento de leis penais punitivas e o discurso científico em torno da preservação da “saúde pública” (OLMO, 2003, p.122 apud ARGUELLO, 2012, p. 180).

Este período é o responsável por consolidar os papéis de usuário versus traficante, nos quais, o usuário passa a ser tratado como enfermo, e o traficante como inimigo interno e externo dos países. Nesta mesma linha, expõe Rosa Del Olmo (apud ARGUELLO, 2012, p.180):

Consolidou-se nesse período o discurso “médico-sanitário-jurídico”, pois o consumidor recebe o estereótipo de enfermo (OLMO, 2003, p. 125-126) e o traficante o de delinquente. Há nesse período o crescimento da indústria da “saúde mental”, de tratamentos como o uso da metadona e de intervenções terapêuticas que reforçaram o “estereótipo da dependência” ao mesmo tempo que em matéria de segurança se reforça o papel geopolítico do “inimigo interno”, no caso, a atitude dos jovens contestadores nas universidades. Ao

final da década de 1960, a “Operação intercept” (OLMO, 1988, p.24) fecha a fronteira mexicana para impedir a entrada da maconha e assim se inaugura o “discurso do ‘inimigo externo’” e propriamente a “guerra contra as drogas” do então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon (OLMO, 2003, p. 125-126). (apud ARGUELLO, 2012, p.180).

Portanto, este cenário intensificou as políticas criminais contra as drogas, gerando uma sucessão de estratégias protagonizadas pelos Estados Unidos, tomando o tráfico de drogas como ameaça à segurança nacional. Este discurso ganha força na medida em que os países latinos são culpados pelo narcotráfico (Cartel de Medellín) ao longo da década de 80. (ARGUELLO, 2012, p. 181-182).

2.2 A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO DE REPRESSÃO

Retornando ao quadro brasileiro, a política de drogas acompanhou o proibicionismo norte-americano, na medida em que o Brasil participou e internalizou ao ordenamento jurídico as convenções e os protocolos internacionais para o combate às drogas. (ARGUELLO, 2012, p. 183).

A década de 30 foi marcante no cenário de proibição na medida em que normatizou as condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes, bem como sua fiscalização através de diversos decretos. Posteriormente, o Código Penal, Decreto-Lei 2.848 de 1940, veio a tratar da matéria:

A matéria é recodificada sob a epígrafe de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, cuja previsão se encontra descrita no art. 281: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. (CARVALHO, 2016, p. 56-57).

Ressalta Salo de Carvalho que a edição de leis penais separadamente ao Código (descodificação) causou um desequilíbrio na sistematização da matéria criminal. Esse desequilíbrio, advém do fato de se abrir a possibilidade de desarmonia na dogmática jurídico-penal:

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 1930, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada. No entanto, a partir do Decreto -Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial – amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico - penal). (CARVALHO, 2016, p. 57).

O alinhamento do Brasil com a política internacional de combate às drogas ocorre definitivamente após a instauração da Ditadura Militar no país. Dentre as diversas modificações que a legislação nacional sobre drogas sofreu, acrescida por decretos e mais decretos, uma modificação substancial ocorreu com a publicação do Decreto-Lei 386/68. Aqui adentramos no campo que será a principal discussão deste trabalho. Até então, a legislação tratava principalmente da repressão ao tráfico ilícito das substâncias consideradas estupefacientes, sob o propósito de combater o abuso dessas substâncias, como também estreitou o controle para qualquer tipo de cultura ou exploração por particulares. Porém, como explica Salo de Carvalho, contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso da diferenciação (usuário/traficante – enfermo/criminoso), o Decreto Lei 385/68 modifica o então art. 281 do Código Penal. (CARVALHO, 2016, p. 62).

Desta forma:

O dispositivo do art. 281 do Código Penal, em decorrência do princípio da taxatividade, proporcionava a punição exclusiva do comerciante de drogas, visto que o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal era o da não abrangência dos consumidores. A desriminalização (judicial) do uso, porém, gerava situação que “suscitava preocupações no âmbito da repressão”. (CARVALHO, 2016, p. 62).

Passou-se, então, a criminalizar também a conduta do usuário com pena idêntica ao do traficante, com a previsão de que “nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. (CARVALHO, 2016, p. 62).

Mais tarde, o Brasil volta a se adequar à política internacional de drogas, mas desta vez, como explica Carvalho (2016, p. 63), “a Lei 5.726/71 redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes”, escondendo a faceta perversa da Lei, que tinha objetivo claro de condenar.

Todavia o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 a 6 anos – “importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência” (...) “Nas mesmas penas incorre: quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica.” [...]

Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei

6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06. (CARVALHO, 2016, p. 63-64).

Mais tarde, a legislação continua na perspectiva que busca no modelo repressivo a efetiva criminalização do usuário/dependente e traficante, na medida em que na realidade operativa do sistema, de uma forma ou de outra, irão esses arcar com as consequências, seja ela por tratamento coercitivo ou pela pena de detenção. (CARVALHO, 2016).

O discurso de formação do tipo ideal militarizado de repressão às drogas ilícitas no Brasil aparece como pano de fundo na construção normativa da Lei 6.368/76. O estatuto repressivo deixa nítida a dicotomização entre usuário/dependente e traficante, aprimorando os instrumentos de distribuição formal dos estereótipos proporcionados pelos discursos médico-jurídico e jurídico-político.

Os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão permeiam a legislação e, apesar de aparecerem integrados no texto, sua conjugação é aparente, pois, na realidade operativa do sistema repressivo, criam dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados conforme a lógica médico-psiquiátrica ou jurídico-política, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados. (CARVALHO, 2016, p. 72-73).

Ressalta-se que as condutas criminalizadas na Lei 6.368/76 não diferem substancialmente das figuras típicas encontradas nos estatutos precedentes, mas que a distinção está na graduação das penas, cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante. (CARVALHO, 2016, p. 65).

A Lei de 76 tem um papel importante na construção da ideia moral que passa a nortear o senso comum sobre o assunto. O primeiro capítulo da referida lei, estabelece como dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar com a prevenção e repressão ao tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes, reforçando a ideia de que a sociedade tem o dever moral de agir na guerra às drogas. (CARVALHO, 2016, p. 73-74).

A mobilização nacional pretendida na abertura do texto, apesar de apresentar-se como integrante das políticas preventivas, projeta sistema repressivo autoritário típico dos modelos penais de exceção. A inversão ideológica do discurso revela os futuros efeitos perversos da Lei de Drogas: a aparente preocupação com as ações preventivas densifica o sistema repressivo. (CARVALHO, 2016, p.74).

O ponto que queremos chegar nesta discussão, é demonstrar que a guerra às drogas é um projeto construído ao longo das décadas e que tem uma base política-ideológica que o sustenta. É um projeto que não foi balizado de forma despretensiosa, em razão do contexto internacional, foi impulsionado pelo esforço norte-americano na medida em que não se via no país a diminuição do consumo e comércio domésticos de substâncias como cocaína e heroína, as elegendo como inimigos internos da nação.

Rosa Del Olmo lembra que o processo de transferência de responsabilização de países marginais pelo consumo interno de drogas nos EUA, criou-se a dicotomização mundo livre *versus* países inimigos, dentre eles a China, que estaria envenenando estratégicamente o Ocidente com heroína, usando a toxicomania como “arma dos comunistas”, e posteriormente a América Latina que ficou responsável pela produção de cocaína nos países andinos. (apud CARVALHO, 2016, p. 66-67).

A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores – ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional –, a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois é voltado à criação de situações de guerras internas. (CARVALHO, 2016, p.67).

Os projetos antidrogas tiveram reflexos nas políticas de segurança pública nos países Latinos, porquanto tais projetos eram discutidos nas diversas Convenções Internacionais lideradas pela ONU. Para Del Olmo, produzindo “resultados desastrosos porque, sendo exportado e imposto do centro à periferia, o discurso jurídico-político ignorava a alteridade”, ou seja, historicidade, questões sociais, políticas e econômicas, e a relação cultural entre a droga e os grupos sociais envolvidos de cada país. (CARVALHO, 2016, p. 67-68).

Exemplificando, “efeito bélico exemplar ocorreu com o etnocídio resultante da inclusão da folha de coca nas listagens de drogas ilícitas a eliminar, com a destruição de culturas seculares entre os povos andinos.” (CARVALHO, 2016, p. 68).

Por mais que a política de drogas brasileira teoricamente tenha objetivos de tratamento, recuperação e reinserção social de usuários e dependentes, ainda hoje, na atual Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, há a imputação de penas ao usuário, que quando não incide no tipo penal de tráfico, há que arcar com outras penas que

não a reclusão. Essa adversidade já se demonstrava na Lei 6.368/76, que acabava indicando por caminhos indiretos a sanção ao consumidor.

Embora não houvesse definição expressa da conduta de uso de entorpecentes, ausência que gerou em parte da dogmática penal afirmações da não incidência do sistema punitivo ao usuário, os verbos nucleares do tipo do art. 16 da Lei 6.368/76 acabavam, por caminhos indiretos, impondo sanção ao consumidor. (CARVALHO, 2016, p. 80).

Nesta linha, continua o esclarecimento citado por Carvalho (2016), nas lições de Alberto Zacharias Toron, para o entendimento do problema:

“Dizer -se que o uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar”. (apud CARVALHO, 2016, p. 80).

Sabemos que o autoritarismo da legislação não inibe o consumo de drogas ilícitas e que o proibicionismo acarreta prejuízos sociais irreparáveis. Não há lado que saia vitorioso com as consequentes mortes, violência nas ruas, encarceramento demaisado e o afugentamento das pessoas adictas que necessitam de tratamento e acabam não conseguindo suporte ou não sendo alcançadas pelo sistema de políticas públicas de drogas na medida em que a concentração das forças do Estado está na repressão e no encarceramento.

Nesse cenário de “guerra às drogas”, não há “mocinhos” e “bandidos”, tampouco a sociedade sai vitoriosa quando um suposto traficante é morto ou aprisionado, ainda que os meios de comunicação de massa apresentem a questão dessa maneira maniqueísta. A sociedade é que sai perdendo na “guerra às drogas”, cujos efeitos perversos se verificam no recrudescimento da violência, da corrupção, da intolerância, do desrespeito aos direitos fundamentais, colocando em risco a democracia, na razão diretamente proporcional à expansão do poder punitivo que se afigura no horizonte como um iceberg, do qual só enxergamos a parte não submersa. (ARGUELLO, 2012, p. 186).

Atualmente, a legislação que versa sobre assunto é a Lei 11.343 de 2006. Tal lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, dá atenção a usuários e dependentes, como também estabelece as normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. (BRASIL, 2006).

Entretanto, o artigo 28 do mencionado diploma legal, afastando a pena privativa de liberdade, comina outras penas ao usuário, na medida em que mantêm as condutas tipificadas em seu capítulo III, intitulado “dos crimes e das penas”. Como explica Arguello (2012):

[...] Mantém a criminalização da posse para uso pessoal e afasta a imposição de pena privativa de liberdade, mas comina penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento à programa ou curso educativo e, se houver descumprimento, admoestação e multa. O fato de ainda ser considerado crime, mantém a estigmatização, fere o princípio da lesividade no direito penal e os direitos civis à liberdade, à intimidade e à vida privada, tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. (ARGUELLO, 2012, p. 188).

Desta forma, traremos no próximo capítulo a discussão acerca da Lei 11.343/06 no que se refere à contestável redação do seu artigo 28.

3 A LEI 11.343/2006 E O TRATAMENTO PENAL DESTINADO AO USUÁRIO

3.1 AS MUDANÇAS INSERIDAS PELA NOVA LEI ANTITÓXICO

A Lei 11.343/2006, conhecida por “nova lei de drogas” trouxe consigo mudanças significativas em relação ao tratamento dado ao usuário bem como ao traficante de drogas. Com relação ao consumo, previsto em seu art. 28, a discussão maior gira em torno da descriminalização ou não da conduta. (MACHADO, 2016, p. 422-423). Desta forma, dispõe o art. 28:

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 à programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006).

Acrescenta o parágrafo 1º do artigo, que:

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. (BRASIL, 2006).

Como já mencionado antes, entre as sanções dispostas ao usuário, não há imposição de pena privativa de liberdade. A falta dessa previsão legal cria uma contrariedade com a definição legal de crime prevista no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. (MACHADO, 2016, p. 422-423). Assim dispõe o art. 1º da LICP:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, na questão de ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ, entendeu que a limitação da definição de crime do art. 1º da LICP não impede 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”.

Portanto, não houve a transformação do fato em atípico em razão da nova lei, mas sim sua “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”, sendo a questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei

11.343/06 não implicou abolidio criminis. (STF - RE: 430105/RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/2007).

Isto posto, depreende-se que o fato constitui crime, mas que não incorpora a pena privativa de liberdade.

Em síntese, não houve descriminalização dos comportamentos arrolados pelo art. 28, caput e § 1º da referida lei, haja vista que a própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLVI) delega ao legislador a possibilidade de estabelecer aos delitos outras penas que não a privativa de liberdade e a multa. (MASSON, 2019).

No caso do art. 28, deverá o agente receber (i) advertência sobre os efeitos das drogas; (ii) prestar serviços à comunidade; ou, (iii) receber medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Tais penas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor (art. 27).

A lei ainda determina (art. 28, § 3º) que “as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses”, e em caso de reincidência (§4º), serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. Pode ainda, (§ 6º) em caso de recusa injustificada por parte do agente em cumprir as medidas educativas impostas nos incisos I, II e III, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a (i) admoestação verbal e (ii) multa.

Comenta Masson (2019) que, “a opção legislativa pela manutenção dessa natureza jurídica foi declarada ao se batizar com a expressão ‘dos crimes e das penas’ o Capítulo III do Título III da Lei 11.343/2006, dentro do qual se encontra o art. 28.” Não obstante, “essa decisão do STF, não teve o condão de evitar outra celeuma, qual seja, a da (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal.” (MASSON, 2019). Surgiram duas posições acerca do 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.” (MASSON, 2019).

O nosso entendimento não é condizente com a 2^a posição supracitada levantada pelos doutrinadores, razão pela qual estamos desenvolvendo o presente trabalho. Como bem explicam Lopes e Pêcego (2016, p.478) “há uma evidente manipulação social em torno da tutela punitiva, fazendo com que este simbolismo penal altamente repressivo apareça como ilusão populista de resolução certa de conflitos sociais”. Inevitavelmente, esta tendência agressiva fragiliza o argumento penal-constitucional, que exige, na intervenção punitiva, o respeito às garantias e direitos fundamentais.

A questão da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas ganhou admissão pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 635.659/SP, no qual discute-se a desriminalização do porte de droga para uso pessoal. O julgamento do RE encontra-se suspenso desde 2015, depois de três votos prolatados em favor da desriminalização do porte, cada um com suas particularidades, assunto esse que será abordado com mais profundidade posteriormente.

Sendo o Brasil um dos últimos países da região latino-americana que ainda incriminam a posse e drogas para uso pessoal (IBCCRIM, 2019), se eventualmente a Suprema Corte reconhecer a inconstitucionalidade dos crimes de porte de droga para consumo pessoal, trilharemos o caminho de outros países latinos (Argentina, México, Uruguai, Colômbia, Peru e Costa Rica). (MASSON, 2019).

3.2 O PROBLEMA DA NÃO DIFERENCIACÃO OBJETIVA ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

Apesar do tratamento mais brando para o usuário, o tráfico de drogas passou a ser punido com mais rigor na Lei 11.343/06, visto que a pena mínima passou de 03 anos de reclusão na antiga lei, para 05 anos na nova legislação, continuando a pena máxima de 15 anos em ambas. Pela redação do parágrafo 2º do mesmo artigo,

cabe ao juiz verificar se a droga encontrada em poder da pessoa se destinava a uso pessoal ou não. (MACHADO, 2016).

Aponta assim, o parágrafo 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. (BRASIL, 2006).

Destaca-se aqui, a discussão cabível em torno do que determinará se o agente será definido como usuário ou traficante. São critérios eminentemente subjetivos. Em que pese a lei indicar ao juiz a responsabilidade de precisar em cada caso, baseado na natureza e na quantidade da substância apreendida, ao local e às condições, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente, na prática, a polícia efetua a prisão do sujeito abordado e dá o encaminhamento à delegacia. Portanto, a diferenciação de tratamento começa já na abordagem do sujeito que porta a droga. (MACHADO, 2016, p. 424).

No estabelecimento de critérios subjetivos para diferenciar usuário de traficante, o local e as condições pessoais e sociais do sujeito, denunciam a seletividade primária. O Estado, amparado pela lei, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil. Assim, muito dificilmente pessoas de classe média encontradas com drogas são identificadas como traficantes, em comparação ao indivíduo abordado na periferia. (MACHADO, 2016, p. 424).

Umas das questões mencionadas pelo IBCCRIM (2019) é que “das mais graves distorções decorrentes da aplicação prática da Lei 11.343/2006, é a inversão do ônus da prova, que obriga a pessoa flagrada com drogas a provar que não é traficante”. O que ocorre é que, teoricamente, incube à acusação o ônus de provar que a droga encontrada em poder do agente não era destinada ao seu consumo pessoal e sim ao tráfico, de forma a afastar a incidência no art. 28.

Entretanto, “para provar a traficância por parte do agente, o Ministério Público não precisa comprovar a mercancia, haja vista que o delito do art. 33, caput, não reclama a presença de nenhuma finalidade específica.” (MASSON, 2019). Observemos:

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.

Desta forma, explica Masson (2019) que, para a acusação, “basta a demonstração da prática de qualquer das condutas estabelecidas no tipo legal, sem que exista o propósito de consumo pessoal.”

Neste mesmo sentido, menciona Carvalho (2016) que:

No que diz respeito ao art. 33, por não existir referência específica à intencionalidade da ação, estaria caracterizado o delito independentemente de sua destinação ao comércio ilícito, sendo prescindível, inclusive, a mercancia e a efetivação da entrega (traditio) da droga. [...] (CARVALHO, 2016, p. 306).

O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é de que, portanto, “a desclassificação do delito de tráfico de drogas para a figura típica do art. 28 ‘somente pode ser operada se restar demonstrado nos autos o propósito do exclusivo uso próprio da substância, elemento subjetivo especial do tipo.’” (MASSON, 2019, grifo nosso).

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Cabe ao Ministério Pùblico comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. (STF - HC: 107448/MG, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 18/06/2013).

Deste modo, afirma o STF que cabe ao Ministério Pùblico comprovar a imputação ao crime, e que concluir-se pelo tráfico de entorpecentes somente pela falta da comprovação da versão do acusado de que aquela droga se destinava a uso pessoal, contraria o princípio constitucional da não culpabilidade.

Destarte, encontra-se o acusado neste dever comprobatório. Porque, não provando que o conteúdo apreendido tinha como finalidade o uso próprio, ao MP bastará provar que o mesmo incorreu em qualquer uma das condutas listadas no caput do art. 33, em virtude dos seus 18 verbos nucleares, ou ainda, de seus incisos:

[...] § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preeexistente. (BRASIL, 2006).

Isto é, é muito mais fácil condenar o acusado ao crime de tráfico do que o mesmo conseguir provar que aquela substância era para seu uso próprio e deixar de incorrer na hipótese do tipo de tráfico de drogas. Salienta Carvalho (2016):

Vê-se absoluta correlação dos verbos do art. 28 com as hipóteses previstas no art. 33. O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundo as elementares subjetivas do tipo do art. 28. (CARVALHO, 2016, 305).

Assim, no tipo injusto do art. 28, o dolo não apenas pressupõe o conhecimento acerca da capacidade de causar dependência física ou psíquica da substância em propriedade – sem autorização ou em desacordo com determinação legal regulamentar – do agente, bem como requer a vontade específica de agir para uso próprio. (CARVALHO, 2016, p. 305).

Desta forma, do que se depreende da dogmática penal:

[...] A única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28). Em não ficando demonstrado este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo. Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. *Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir*, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, todas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado. (CARVALHO, 2016, p. 310-311, grifo nosso).

Consequentemente, conclui-se a necessidade de especificação dos elementos subjetivos que compõem os tipos penais dos artigos 28 e 33, com vistas a impedir a desproporcionalidade do tratamento punitivo entre os tipos que se afiguram de forma tão semelhantes:

Propõe-se, portanto, como critério interpretativo de correção da desproporcionalidade no tratamento punitivo de condutas objetivamente idênticas, mas díspares no que tange à ofensividade ao bem jurídico, a necessidade de especificação dos elementos subjetivos de ambos os tipos penais, seja do art. 33 como do art. 28 da Lei 11.343/06. [...] Desta forma, em havendo especificação legal do dolo no art. 28 da nova Lei de Drogas (especial fim de consumo pessoal), *para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de proporcionalidade e de ofensividade, igualmente deve ser pressuposto da imputação das condutas do art. 33 o desígnio mercantil*. Do contrário, em não

havendo esta comprovação ou havendo dúvida quanto à finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28. (CARVALHO, 2016, p. 311-312, grifo nosso).

Na grande maioria dos casos tem-se somente palavra do policial que realizou o flagrante contra a palavra do acusado. Em razão disto, por carregar fé pública a palavra do agente do Estado, acaba-se condenando como tráfico. Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a polêmica Súmula 70: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação." (TJRJ, 2003).

Um estudo realizado pela Defensoria Pública do mesmo estado, em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad) do Ministério da Justiça, analisou 3.735 sentenças judiciais por tráfico de drogas de processos das varas da cidade do Rio de Janeiro e região metropolitana, entre 2014 e 2017. Sinteticamente, os dados constatados foram os seguintes:

Em 62,33% dos casos o agente de segurança foi a única testemunha ouvida no processo e em 53,79% dos casos o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão. Na maior parte desses casos, a fundamentação utilizada pelo juiz para dar credibilidade ao depoimento policial foi a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". (DPRJ, 2018, p. 65, grifo nosso).

Continua:

Em 94,95% dos casos ocorreu o depoimento de algum agente de segurança, ainda que em conjunto com outras testemunhas. [...] Com base nesse universo de 1.979 casos em que a condenação foi baseada principalmente no depoimento dos agentes de segurança, é possível observar que em 71,14% as únicas testemunhas ouvidas na instrução penal foram os próprios agentes de segurança. (DPRJ, 2018, p. 34, grifo nosso).

Ainda interessante demonstrar, para melhor reflexão, outra síntese dos dados levantados, quais foram:

[...] É possível concluir que no período analisado a maior parte dos processos se refere a réus homens (91%), sem antecedentes criminais (77,36%) e sem condenações em juízo (73,85%), que foram abordados sozinhos (50,39%) em flagrantes decorrentes da operação regular da polícia (57%), [...] portando consigo uma espécie de droga (48,04%), majoritariamente até 10g cocaína (47,25%) ou até 100g de maconha (49,52%). Esses réus têm a maior probabilidade de serem processados pelo artigo 33 ou pelos artigos 33 e 35 em concurso (83%), [...] e de serem condenados integral ou parcialmente (80%). [...] (DPRJ, 2018, p. 67).

Tal estudo no Rio de Janeiro, cidade com alto índice de desigualdade social e violência, serve para referenciar o quanto prendemos em demasia e que isso não resolve o problema. Percebe-se que o perfil das pessoas que são presas por tráfico, em sua maioria, não tem antecedentes criminais nem condenações em juízo, estavam

sozinhas e portando pouca quantidade de droga, e diferentemente do senso comum midiático, que corrobora com a repressão bélica nas favelas e periferias, essas pessoas não são majoritariamente integrantes de organização criminosa.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em seu último levantamento nacional de informações penitenciárias, de julho a dezembro de 2019, demonstrou-se que temos um total de 748.009 presos no Brasil. Destes, somam-se 44,4% com idade de 18 a 29 anos, sendo a quantidade de incidência por tipo penal masculina correspondente a 51,84% de crimes contra o patrimônio e 19% em razão da Lei de Drogas.

No caso das mulheres, estas são 4,4% da população prisional total, mas contabilizando o alarmante dado de 50,94% de presas pela Lei de Drogas, seguidos de 26,52% de crimes contra o patrimônio. No geral, a composição da população por cor/raça no sistema prisional totaliza 66,69% a soma de pretos (16,81%) e pardos (49,88%). (DEPEN, 2020). Em outros termos, a população prisional brasileira tem um perfil previamente estabelecido.

Os dados prisionais brasileiros vêm demonstrando um crescimento abissal no encarceramento com o passar dos anos, confirmando a seletividade do sistema de justiça criminal. Na reflexão de Arguello (2012):

[...] Confirmam apenas a seletividade do sistema de justiça criminal, pois a criminalidade, na perspectiva criminológico-crítica, não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, e sim a atribuição de um status a determinados indivíduos, por meio de uma dupla seleção: primeiramente, “a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais” (processo de criminalização primária); depois, “a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas” (processo de criminalização secundária). (ARGUELLO, 2012, p.179).

Destarte, em muitos casos, “usuários são condenados como se traficantes fossem, o que ajuda a compreender o fenômeno do superencarceramento que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta.” (IBCCRM, 2019).

Alude Luciana Boiteux, que a ampla discricionariedade concedida à autoridade pela lei, abre espaço para a violação princípios constitucionais-penais e garantias legais que limitem a atuação estatal sobre o indivíduo.

Com tais critérios extremamente vagos e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto acaba sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com o acusado, prevalecendo a visão subjetiva desta. O grande problema, e que viola,

inclusive, os princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade é a ausência, na norma, de uma distinção legal apriorística, o que prejudica sobremaneira a defesa do acusado. Assim, considera-se constitucional essa opção legislativa ao deixar propositalmente em aberto tal distinção, justamente pela ausência de garantias legais que limitem a intervenção estatal com relação ao usuário. (BOITEUX, 2014, p. 90).

Importa mencionar o caso que ganhou grande repercussão na mídia no ano de 2020, a respeito do jovem de 28 anos, negro, preso no estado de Minas Gerais, em posse de 10 gramas de maconha e que veio a falecer em cárcere, em decorrência da Covid-19. (TARJA, 2020). Infelizmente, este é só um caso exposto dos milhares que são vivenciados diariamente nas prisões brasileiras, tanto em razão do motivo do encarceramento, quanto em razão da insalubridade e condições desumanas de aprisionamento.

Na consideração de Boiteux (2014) “a legislação de drogas brasileira repete e reforça o grande abismo na resposta penal entre usuários e traficantes.”

Para estes, mesmo os de pequeno porte ou traficantes-usuários, pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. (BOITEUX, 2014, p. 90).

Conclusivamente,

Nota-se no Brasil, de forma clara, a seletividade da atuação do sistema penal. Embora haja diversos graus de importância na hierarquia do tráfico de drogas, a atuação das autoridades parece estar direcionada às camadas mais desfavorecidas da sociedade, que possuem alta representatividade nas nossas prisões. (BOITEUX, 2014, p. 91).

Deste modo, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, na medida em que não limita o poder punitivo, mas que principalmente o eleva, quando deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e concomitantemente atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma inquestionável aplicação injusta da lei. (BOITEUX, 2014, p. 92).

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006: O QUE ESTÁ EM DEBATE NO SUPREMO

O Recurso Extraordinário 635.659, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi recebido pelo Supremo Tribunal Federal em 2011 e encontra-se com julgamento suspenso desde 2015. Depois de proferidos três votos, o pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki, substituído mais tarde pelo Ministro Alexandre de Moraes, suspendeu o julgamento. O RE ganhou repercussão geral, visto que seu tema ultrapassa o interesse subjetivo das partes, reconhecida sua relevância do ponto de vista social, assunto esse que atinge milhares de usuários de substâncias ilícitas no país. (STF, 2012).

O caso concreto resume-se à situação em que foi apreendida substância ilícita nas dependências de uma cela em uma unidade prisional de Diadema/SP. A substância apreendida eram 03 (três) gramas de maconha, que o autor alegou ser para seu uso pessoal. Trata-se de recurso interposto pelo Defensor-Público Geral de São Paulo, contra o acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP, que, por entender constitucional o dispositivo em questão, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

No entanto, a Defensoria Pública alegou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, fundamentando suas razões na ofensa do princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor fundamental do direito penal. (STF, 2012).

O art. 5º, X, da Constituição Federal, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL. 1988). Na argumentação sustentada pela Defensoria Pública, o dispositivo constitucional em destaque protege as escolhas dos indivíduos desde que não ofensivas a terceiros, e que portanto, as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada.

O disposto no artigo 28 da Lei de Drogas, revela consubstanciar tipicidade quanto ao uso, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal

ou regulamentar, prevendo os incisos as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. A controvérsia constitucional está em determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. (STF, 2012).

4.1 A INJUSTIFICABILIDADE DO TRATAMENTO PUNITIVO

Ao observarmos a insustentabilidade jurídica da criminalização das drogas, sopesamos todo o custo que acompanha a política criminal proibicionista, tais quais, custos políticos, sociais, econômicos, sanitários, jurídicos, e sobretudo, individuais. Os argumentos apresentados buscam desestruturar, sob o ponto de vista da principiologia constitucional-penal, as normas incriminadoras. Como já sustentado ao longo do trabalho, “a permanência da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobreponem a razão de Estado à razão de direito” (CARVALHO, 2016, p. 395).

Entende-se que é injustificável por parte do Estado a regulamentação punitiva a condutas que dizem respeito à vida privada do indivíduo, sejam condutas moralmente e socialmente reprováveis ou não, dizem tão somente respeito a esfera da vida privada de cada um.

Para o questionamento dessas normas incriminadoras, devemos entender que o direito penal deve balizar-se pelos princípios que exercem a primazia sobre todo o ordenamento jurídico, somente permitindo a criação normativa que não lhes seja ofensiva. Os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais existentes, segundo Greco, servem de garantia a todos os cidadãos, em um estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do Estado em se arvorar em “senhor onipotente”. São, portanto, o escudo protetor de todo cidadão contra os ataques do Estado e todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas. (GRECO, 2009, p. 52-53).

No garantismo penal, Ferrajoli elenca condições de legitimidade da criminalização. No âmbito externo, cria duas diretrizes entrelaçadas. A primeira, advém do princípio da necessidade, onde se admitiria a intervenção punitiva em casos absolutamente necessários (regra da intervenção mínima), legitimando-a somente quando o custo da criminalização não for superior ao da lesão advinda da conduta

reprimida. A segunda diretriz está no princípio da lesividade, que baseada no bem jurídico, determina critérios (dano e perigo concreto), para prevenir ataques concretos por parte do sistema penal a bem jurídicos individuais, das pessoas de carne e osso. (apud CARVALHO, 2016, p. 207).

Nesta perspectiva, ensina Carvalho (2016, p. 208) que, “a força normativa dos princípios de necessidade e de lesividade é auferida pela Constituição e encontra guarida no art. 5º, inciso XXXV – ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.”

Continua, citando Ferrajoli, que se faz necessária a descriminalização das bagatelas penais e condutas que não produzam lesões concretas a terceiros, como ocorre com as condutas do artigo 28, quando a lesão atinge tão somente o indivíduo em questão.

A partir do locus constitucional, em termos quantitativos, Ferrajoli entende necessária a descriminalização de bagatelas como contravenções ou condutas punidas exclusivamente com pena pecuniária ou restritiva de direito que não justificam o processo e a pena. Qualitativamente, seriam excluídas condutas que não produzam lesões concretas a terceiros, casos de autolesão e crime impossível. A lesividade imporia, ainda, a transformação dos crimes de perigo abstrato em delitos de dano ou perigo concreto ou, simplesmente, indicaria descriminalização, visto ser inadmissível a punição da mera desobediência. (CARVALHO, 2016, p. 208-209).

Ao abordarmos o ponto de vista da principiologia do direito penal contemporâneo, a criminalização das condutas relativas ao uso de entorpecentes é injustificável, notadamente pela violação ao postulado da secularização e aos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada. (CARVALHO, 2016, p. 243).

A secularização é responsável pela separação entre direito e moral, determinando que a pena não pode servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamento. Não é dever do direito penal, obstando inviável regular condutas internas, condições pessoais ou qualquer concepção moral.

A assunção do pluralismo cultural, portanto, é máxima fundante dos Estados Democráticos de Direito. Neste quadro, os princípios de lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bens alheios, condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais, entre outras). (CARVALHO, 2016, p. 243).

Não há que se legitimar criminalmente atos autolesivos, pois não há possibilidade de punição inexistindo lesão a bem jurídico alheio. No caso específico

da legislação de entorpecentes, tal previsão à crimes sem vítima desqualifica qualquer justificativa incriminadora razoável.

Ensina Greco (2009, p.78) que “o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolam o âmbito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros”. E que este princípio se alinha a outros, como o princípio da intervenção mínima (proteger um bem jurídico) e o princípio da adequação social (condutas socialmente aceitas) para servirem de norte ao legislador quando da criação e da revogação da figura típica.

O discurso criminalizador fundamentado na proteção do bem jurídico alheio, por si só se desqualifica ao se mostrar a impossibilidade de constatação empírica dessa tese. Apesar de despregado da realidade, ele funciona ao ser reproduzido na dogmática jurídica cotidianamente. (CARVALHO, 2016, p. 396).

Neste ponto, importante lembrar os argumentos de Maria Lúcia Karam no sentido de que “é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal”. (apud CARVALHO, 2016, p. 396, grifo nosso).

Como bem explica Maria Lúcia Karam, são fatos antagônicos a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal e a ofensa à saúde pública, visto que a conduta não ultrapassa a esfera individual.

Criar esses mecanismos de tratamento penal para comportamentos individuais e privados dos sujeitos, produz violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal. A inversão lógica do discurso que diz proteger a saúde pública em sobreposição à saúde individual dos consumidores, “pressupõe modelo de direito penal de autor no qual todo usuário transforma-se em potencial traficante.” (CARVALHO, 2016, p. 397).

Para Salo de Carvalho, o sustentáculo da programação punitiva no artigo 28 da Lei 11.343/06 se dá em dois pontos relevantes: ser o delito classificado como delito de perigo abstrato, e ser a saúde pública o bem jurídico tutelado.

Vale aqui elucidar que a questão do perigo se liga à ofensividade (ou lesividade), e, portanto, à questão dos bens jurídicos. Há uma dicotomia entre crimes de perigo e crimes de dano. Determinados delitos são tipificados em virtude da lesão efetiva aos bens jurídicos protegidos (crimes de dano), e outros, por causarem perigo ao valor tutelado (crimes de perigo). Os delitos de perigo podem ser concretos ou abstratos, e basicamente, a diferença entre eles reside que no perigo concreto, demonstra-se a constatação real de lesão e prova do perigo. No abstrato, o perigo encontra-se presumido pela abstração da legislação, independente da demonstração real. (LOPES e PÊCEGO, 2016, p.481)

O legislador infraconstitucional retirou a pena privativa de liberdade do art. 28, mas deixou de ir além para efetivar a descriminalização dessa prática. Uma vez que a mesma, quando muito, ocasiona autolesão, e o bem jurídico tutelado nesses delitos é a lesão a terceiros ou à saúde pública. Não resta assim embasamento para sustentar o argumento jurídico do tipo penal. “Não se trata de simplesmente criticar, ou aceitar, a tutela do perigo abstrato ou bem jurídico supraindividual protegido”. (LOPES e PÊCEGO, 2016, p. 485-486).

Trata-se de contatar que não há bem jurídico a ser protegido. Há efetivamente uma ordem estatal (através da proibição típica) de respeito [...] e uma função regulatória sua (Estado): apresentar políticas públicas de promoção e preservação de saúde dos indivíduos. [...] Tal como as políticas destinadas ao consumo do tabaco e da bebida alcoólica, o consumo de drogas também deve ser compreendido pelo estado nesse viés de saúde. Mas, definitivamente, não é tema para o Direito Penal. Não há bem jurídico a ser protegido no uso de drogas. Trata-se apenas uma proteção da destacada função administrativa estatal. (LOPES e PÊCEGO, 2016, p. 486).

Então, pensar o uso de drogas impõe perceber a conduta como autônoma e o dano como próprio. Assim, desde o princípio da ofensividade (art. 5º, XXXV, CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), é questionável a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e seus correlatos incriminadores. (CARVALHO, 2016, p. 398).

Associados aos argumentos decorrentes do princípio da lesividade, da autonomia individual, os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previstos no art. 5º, X, da nossa Constituição, sustenta-se a tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Quanto ao princípio da igualdade, se expõe a ofensa quando se trata de forma diversa (penal) o uso de substâncias lícitas ou ilícitas, no que pese ambas terem potencialidade de causar dependência

física ou psíquica. Essa opção criminalizadora é essencialmente moral. (CARVALHO, 2016, p. 399).

Quanto aos direitos à intimidade e à vida privada, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou impuser padrões morais de comportamento.

A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantida ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima. (CARVALHO, 2016, p. 400).

O modelo constitucional de tutela penal se pauta em ser ele subsidiário, respeitador dos princípios e valores constitucionais, e que respalda a proteção de bens jurídicos. Percebemos que a única diferença entre o porte de droga lícita ou ilícita para uso pessoal, é justamente a condição de ilicitude da droga, de forma que ambas causam autolesão e não lesão à saúde pública. Entendemos que nenhuma política pública de promoção da saúde, por mais que tenha fins de proteção, pode desconsiderar a autonomia de cada indivíduo. Autonomia que detemos constitucionalmente junto à liberdade de nos autodeterminar, quando não invasiva à esfera dos direitos de terceiros.

4.2 OS VOTOS DOS MINISTROS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

4.2.1 O VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

O ministro relator do recurso extraordinário 635.659 do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, traz elucidações importantíssimas acerca do artigo 28 da Lei de Drogas, que serão pontuadas a seguir.

4.2.1.1 Controle de constitucionalidade de normas penais: parâmetros e limites

Começa-se, inequivocamente, reiterando o dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais. Reconhece que a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, mas que nesse espaço de atuação, a liberdade estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, e que a sua não observância configura excesso de poder

legislativo. Identifica nesta seara, a inadequação entre meios e fins, não observada a utilização de tal princípio, e que a proibição do excesso no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada. Alude que essa orientação permitiu converter o princípio da reserva legal, no princípio da reserva legal proporcional, onde prima-se a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade da sua utilização. Desta forma, alega que incumbe ao Tribunal examinar se o legislador utilizou sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar. (STF, 2015).

4.2.1.2 Considerações sobre os crimes de perigo abstrato

Considera acerca dos crimes de perigo abstrato, que apesar da ampla controvérsia doutrinária, tais crimes podem ser identificados como aqueles em que não se exige efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico. Na espécie de delito em questão, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental. Sendo o perigo, nesse sentido, não concreto, mas abstrato, consuma-se o delito com a mera conduta descrita na lei penal. Conclui, portanto, que apesar da tipificação das condutas que geram perigo abstrato ser a alternativa mais eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo tais como meio ambiente e saúde pública, as características e os contornos da relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. Certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, fundado no princípio da proporcionalidade. (STF, 2015).

4.2.1.3 Adequação da norma impugnada: controle de evidência e de justificabilidade

Gilmar Mendes sublinha que

[...] na aferição de constitucionalidade de norma restritiva de direitos fundamentais, cabe examinar, inicialmente se as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade). (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. p.16).

O traço distintivo entre os dois dispositivos (arts. 28 e 33) reside na expressão “para uso pessoal”, desta forma, objetivou o legislador conferir tratamento penal diferenciado para os dois tipos. Todavia, “deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes.” (STF, 2015).

Entende que a previsão da conduta como infração de natureza penal contribui para estigmatização, neutralizando os objetivos definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes. Demarca que a lei confere tratamento distinto aos tipos penais, mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante, e que na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes. (STF, 2015).

Alega que é ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo era finalidade diversa do consumo pessoal. Critica, ademais, a ausência de critérios objetivos de distinção, deixando exclusivamente com a autoridade policial a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, e conclui que a incongruência entre a criminalização da conduta de consumo pessoal e os objetivos do legislador com relação a usuários e dependentes. Evidencia a inadequação da norma impugnada e a violação ao princípio da proporcionalidade. (STF, 2015).

4.2.1.4 Necessidade da norma impugnada: controle material de intensidade

Na utilização do direito penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de um bem jurídico digno de proteção, pois trata-se de conduta que causaria, quando muito, danos apenas ao usuário e não a terceiros. Neste sentido, ressalta que

Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual.

Cabe ressaltar que não se cuida, aqui, de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a restrição penal mostra-se, neste contexto, inexoravelmente necessária. Para isso, é preciso que se avaliem, a partir de aportes teóricos sobre restrições a direitos fundamentais em situações de aparente conflito, a intensidade da intervenção e os fundamentos que a justificaram (proporcionalidade em sentido estrito. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. p. 26).

Isto posto, é imperioso que se identifique não só o objeto da proteção, mas também contra que tipo de agressão se apoia essa proteção. Quanto mais amplo o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a possibilidade de qualificar ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito o âmbito de proteção, menor possibilidade de um conflito entre o Estado e o indivíduo. (STF, 2015).

O ministro Gilmar Mendes ainda levanta a questão sobre o livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação. Sustenta que a nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, e que deles se extrai o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. Ressalta que as drogas causam prejuízos ao seu consumidor, no entanto, dar tratamento criminal ao seu uso é medida que ofende, de forma desproporcional, tais direitos. Ainda que a pessoa adquira as substâncias através do traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. p. 37).

Na visão do Relator, lançar mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, prejudica tantas outras medidas de natureza não penal que não seriam tão drásticas e de questionáveis efeitos, como por exemplo, proibição do consumo em lugares públicos, limitação de quantidade ao uso pessoal, proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras. Defende que a finalidade de um dos princípios do SISNAD, a prevenção ao uso indevido, pode ser alcançada por meio de vasto leque de medidas administrativas, tomando como destinatários das políticas de atenção e de reinserção social o dependente e, eventualmente, o usuário não dependente em situação de fragilidade. (STF, 2015).

Conclusivamente,

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. p. 40).

Nas alternativas à criminalização, o ministro afirma que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, tais como peso e natureza da droga apreendida é medida bastante eficaz nesta diferenciação, por isso, recomenda regulamentação neste sentido, precedida de estudos sobre as peculiaridades locais.

Declara a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei de drogas, no entanto, defende que em caráter transitório, as medidas previstas no art. 28 sejam aplicadas sem qualquer efeito de natureza penal, até que sobrevenha legislação específica, fazendo o deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil.

Por fim, no caso de a autoridade policial entender que se trata de tráfico, determina a apresentação do preso em flagrante em posse de drogas ao juiz competente, de modo que o juiz imediatamente possa avaliar se a hipótese é de uso ou de tráfico. Até que se concebam, em normas específicas, o que se seria recomendável com critérios revestidos de maior objetividade. (STF, 2015).

4.2.2 O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, trabalha sobre o pressuposto da droga em questão no caso concreto, que foi o consumo de 3 gramas de maconha. A título de esclarecimento, destaca

Para compreensão geral, uma breve unificação da terminologia é conveniente. *Desriminalizar* significa deixar de tratar como crime. *Despenalizar* significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas. Este é o sistema em vigor atualmente. *Legalizar* significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa. A discussão no presente processo diz respeito à desriminalização, e não à legalização. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. p.1, grifo nosso).

Fundamenta seu voto essencialmente no direito à privacidade, autonomia individual e no princípio da proporcionalidade. Alega que os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas, e que funcionam como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador. (STF, 2015).

Quanto à violação ao direito de privacidade, realça que a intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição, e que, portanto, identifica um

espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências tanto de outros indivíduos como do Estado. (STF, 2015).

Quanto à liberdade, preza que é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo ela absoluta, havendo a possibilidade de ser restringida por lei, há, entretanto, um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Esta, emana da dignidade humana, assegurando ao indivíduo a sua autodeterminação, não podendo ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade. Ressalta que o Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra, educar e advertir, mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais. (STF, 2015).

Barroso afirma que, no princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional. Em matéria penal, tal ideia se expressa em alguns conceitos específicos, tais como a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente. Levanta que o princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa à bem jurídico alheio, e que no caso do consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário que está sendo lesado e não um bem jurídico alheio. De igual modo, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. (STF, 2015).

Com relação a invocação da saúde pública como o bem jurídico violado, trata-se de uma lesão vaga, provavelmente em menor escala do que o álcool ou o tabaco. Ademais, a criminalização afasta o usuário do sistema de saúde, pelo risco do estigma, causando o efeito inverso. (STF, 2015).

No subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando se afere o custo benefício da criminalização é que se evidencia a desproporcionalidade de forma mais contundente. “Os recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas jovens destruídas nos cárceres, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes, – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo.” (STF, 2015).

Para Barroso, há a necessidade de estabelecer um critério objetivo que sirva de orientação para a distinção de consumo pessoal e tráfico. Primeiramente, para diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, segundo porque a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra, pois reproduz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu: jovens de classe média, como

regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, são enquadrados como traficantes. (STF, 2015).

Destaca a concordância com o voto do Ministro Relator, no que diz respeito ao ônus de comprovar a finalidade diversa é da acusação, e que o acusado na hipótese do art. 33 deve ser levado em curto prazo à presença do juiz. (STF, 2015).

Para a determinação do critério quantitativo, Barroso toma como exemplo os critérios adotados no Uruguai, de 40 gramas, Espanha, de 100 gramas e Portugal, país com bem sucedida experiência de mais de uma década na matéria, de 25 gramas. Propõe, em busca do consenso do Tribunal, o critério de 25 gramas, alegando que tal critério é uma presunção de usuário, que pode ser afastada pelo juiz à luz dos elementos do caso concreto. Poderá o juiz fundamentalmente entender ser traficante pessoa portando quantidade menor, bem como ser usuário, quem porte quantidade maior. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, propõe o limite de 6 plantas fêmeas de Cannabis.

Por fim, dá provimento ao recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da tese:

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso.)

4.2.3 O VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

O ministro Fachin propõe, assim como o Ministro Barroso, estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto, e se atém à substância objeto do recurso (maconha), para decidir sobre a inconstitucionalidade da criminalização do seu porte para uso próprio em face de direitos fundamentais como liberdade, autonomia e privacidade.

Citando Carlos Santiago Nino, invoca, em geral, três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um paternalista e um argumento de defesa da sociedade. Detém-se do argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado

na reprovabilidade moral da conduta. Alega que tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo um modelo de moral privada, a julgar digno e adequado. Em segundo lugar, se atém do argumento paternalista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar, buscando, desta forma, proteger as pessoas contra os danos que poderiam vir a ser causados. No entanto, interroga-se o papel do Estado que ao invés de reprovar penalmente os cidadãos, entre outras medidas, proteja na forma de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde das pessoas que abusam das substâncias, mas nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva destes. Por fim, topa no argumento de defesa da sociedade, quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos. No entanto, para prevenir e reprovar eventuais condutas delituosas dos usuários de drogas, o direito penal já oferece uma série de outras sanções. (STF, 2015).

Fachin entende, que

[...] a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin. p.5)

Menciona que, o processo de constitucionalização do direito penal, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária (criação de tipos penais). Como premissa para o exercício de tal controle, a tomada do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede que a tutela penal atue de forma arbitrária a impor valores morais e individuais de conduta ou comportamentos para além daqueles considerado concretamente lesivos a terceiros. (STF, 2015).

Alude que no caso do atual art. 28 da Lei de Drogas, há ao menos duas rotas de colisão: a) a incriminação por meio de “crimes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade; b) concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada. (STF, 2015).

Define como parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade do artigo em questão a análise da eventual ofensividade do bem jurídico protegido.

[...] Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade. [...] O ponto

de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção. A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin. p.7-8).

Complementa, que em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização e que a tipificação nos crimes de perigo abstrato, o dever de cuidado aparece de forma mais pura do que em outros tipos.

Reconhece a relevância de se estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre uso e tráfico, entretanto, diz não inserir-se na atribuição do Poder Judiciário a definição de tais parâmetros. Alega que compete ao Poder Legislativo definir tais parâmetros a serem levados em conta na diferenciação entre uso e tráfico de drogas.

Conclui pelo provimento parcial do recurso, declarando a inconstitucionalidade do art. 28 sem redução de texto somente para a droga objeto material do recurso (maconha), não envolvendo outras drogas, e declara a espera da regulamentação legislativa para os demais assuntos relacionados à matéria. Que enquanto não houver o pronunciamento do poder legislativo sobre os parâmetros e reconhecida a necessidade de preencher essa lacuna, determina aos órgãos do Poder Executivo responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que os regulamentem, e que tais provisórios parâmetros sejam considerados relativos e sempre passíveis de verificação no caso concreto. (STF, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao fim desta pesquisa com mais certeza e clareza a respeito do que nos propomos a estudar. A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, demonstra, em várias esferas, a sua incompatibilidade com nossos direitos e garantias fundamentais constitucionais e com os princípios do direito penal.

Vimos que a maconha, droga demonizada socialmente, em nada ultrapassa o limite com relação às outras drogas que são lícitas. Pelo contrário, mostramos um pouco do seu destaque como substância medicinal, e como sempre foi utilizada pelas diversas camadas da sociedade desde os tempos coloniais brasileiros. Lamentamos ainda hoje ser um objeto de preconceito e moralismo, que dificulta o acesso para pessoas que necessitam dela para melhorar sua qualidade de vida, seja de forma medicinal ou recreativa.

Além disso, percebemos que o projeto proibicionista de guerra às drogas impulsionado pelos Estados Unidos e abraçado pelo resto do mundo, teve suas raízes fincadas no preconceito e discriminação com o estrato social e idealizações políticas que não eram aceitas pelo “novo mundo”. A guerra às drogas nada tem a ver com medidas de melhoramento da sociedade, contenção da criminalidade, diminuição do abuso de substâncias e atenção voltada às pessoas que necessitam de recuperação em seus vícios.

Em verdade, a guerra às drogas só contribui para o massivo controle das camadas menos favorecidas da sociedade, no que se vê, pessoas jovens, negras, pobres e periféricas, em razão da seletividade do sistema penal. O Estado deixa de tratar o uso ou abuso de substâncias como um real problema de saúde pública e volta suas forças para o tratamento punitivo. Em nada isso contribui para o melhoramento da questão, mas sim, faz o efeito reverso: afasta a pessoa adicta do sistema de saúde em razão do estigma que se levanta quando o usuário/dependente é colocado como um criminoso.

Outrossim, o sistema penal em sua voraz seletividade, faz com que a nossa população carcerária só aumente a cada ano. Não há benefícios nessa medida. O Estado deixa de se preocupar com outros crimes quando se ocupa em criminalizar e prender usuários, superlota presídios, se sobrecarrega com os custos, a pessoa presa ganha um novo estigma e dificilmente se reinsere na sociedade, a violência policial aumenta, o número de mortes cresce e a desigualdade se mostra cada vez maior.

Compreendemos que o grande problema da Lei 11.343/2006 hoje se demonstra em dois pontos: criminalizar as condutas do usuário e não objetivar a diferença entre usuários e traficantes. A lei determina que para tal diferenciação, usará-se á de critérios subjetivos baseados no caso concreto, levando em conta as circunstâncias que se deram a ação, a natureza e a quantidade da droga apreendida, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como sua conduta e antecedentes.

Demonstramos que essa ampla discricionariedade da lei concedida à autoridade, em que pese a autoridade que primeiro tem contato com o agente, leva a condenações de usuários como se traficantes fossem, recaindo na seletividade do sistema penal que levantamos anteriormente. Sabemos que pessoas mais abonadas não são tratadas da mesma forma pelo sistema punitivo, sequer são abordadas e levadas ao sistema criminal. Por isso, quando o caso chega até o magistrado, temos a palavra da autoridade policial com grande peso contra o acusado de tráfico. Resta assim a incumbência ao acusado de provar sua finalidade de uso próprio para não incidir no tipo penal de tráfico, tipo este que demonstra vazio quanto à exigência de finalidade da conduta.

Quanto à criminalização das condutas do usuário, apesar da Lei não mais se utilizar de penas privativas de liberdade, se utiliza de outras alternativas para intencionalmente criminalizar o uso/porte de substâncias ilícitas, restando assim a despenalização e não a descriminalização. O artigo 28 se demonstra inconstitucional por diversas razões expostas no trabalho. Primeiro, porque o Estado não pode se valer do Direito Penal para impor condutas e comportamentos morais, sociais, valores íntimos, nem determinar como os indivíduos devem fazer suas escolhas pessoais.

O uso de drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, são escolhas íntimas, de autodeterminação dos indivíduos. Portanto, a criminalização do uso e do porte (que são condutas intimamente ligadas, condição essencial do usuário) lesa os direitos invioláveis à intimidade e à vida privada que nos são assegurados constitucionalmente.

Além do mais, o artigo 28 se mostra inconstitucional quando rompe com o princípio da lesividade ou ofensividade, na medida em que se determina que a lei penal para tipificação de condutas, deve se balizar pela proteção de bem jurídicos que serão atingidos em decorrência destas condutas. No consumo pessoal de drogas, não resta lesão a bem jurídicos alheios à esfera da vida privada do indivíduo. Não há

congruência no fato de alguém consumir, adquirir, trazer consigo drogas para consumo pessoal e lesar bem jurídicos de terceiros. E como já demonstrado, autolesão não é passível de punição pelo Direito Penal.

Também se demonstra a inconstitucionalidade o artigo 28 da Lei de Drogas quando este se rasga do princípio da proporcionalidade, princípio que está intrinsecamente ligado ao princípio da lesividade. O tratamento penal das condutas do citado artigo é uma restrição de direito desproporcional ao bem jurídico que se destinaria tutelar.

Por fim, entendemos a necessidade de declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 pelas razões apresentadas. Nos assentamos no argumento de que é um tratamento penal desarrazoado, desproporcional, injusto, adverso aos direitos individuais da intimidade e da vida privada dos sujeitos e imensuravelmente danoso à sociedade, na medida em que a referida lei traz graves consequências advindas de suas falhas e do projeto proibicionista no geral.

Concordamos em parte com cada um dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Obviamente, concordamos com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 28. Também, com a determinação com urgência de critérios quantitativos para distinção entre usuários e traficantes, ao menos, com relação à droga objeto do recurso, a maconha, por ser uma droga amplamente usada em todo o mundo de forma medicinal e recreativa, e porque a mesma, em muitos casos, leva pessoas a serem condenadas criminalmente na justiça brasileira. Compatibilizamos, como um início de discussão, com a sugestão de parâmetros do Ministro Barroso, quais sejam 25 gramas ou 06 plantas fêmeas de Cannabis, posto que a grande maioria dos flagrantes se dão em quantidade inferior à 100 gramas da droga.

Esperamos que algum dia a sociedade brasileira rompa com o moralismo, entenda a importância do assunto e ganhe a coragem necessária para chegar ao debate da legalização das drogas.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ronaldo Medeiros de. *A falta de efetividade dos direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana: atual panorama jurídico sobre o acesso ao uso medicinal da Cannabis sativa no Brasil*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso – UFPB/CCJ, João Pessoa, 2018.
- ARGUELLO, Katie. *O fenômeno das drogas como um problema de política criminal*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.56, p.177-192, 2012.
- BELLO, Ney. Encarceramento por pequena quantidade de drogas: o alimento do crime organizado. *Conjur*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-05/crime-castigo-prisao-pequena-quantidade-drogas-crime-organizado>>. Acesso em: 05 de nov. de 2020.
- BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: Lemos, Clécio. et al. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.
- _____. Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2019. *Pesquisa sobre as sentenças Judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>> acesso em: 19 de nov. de 2020.
- _____. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.
- _____. *Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htmimpressao.htm>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal - HC: 107448/MG, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 18/06/2013, Primeira Turma. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806235/habeas-corpus-hc-107448-mg-stf/inteiro-teor-112280004>>. Acesso em: 19 de nov. de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal – RE: 430105/RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>>. Acesso em: 18 de nov. de 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal – *RE: 635.659/SP* – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Anotacoes_para_o_voto_oral_do_Ministro_Barroso.pdf>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal – *RE: 635.659/SP*. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal – *RG RE: 635659/SP* – São Paulo, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 08/12/2011, Data de Publicação: 09/03/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629388/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-635659-sp-sao-paulo/inteiro-teor-311629398>>. Acesso em 24 de nov. de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - *Súmula da Jurisprudência Predominante* (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003. Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acesso em: 19 de nov. de 2020.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 55(4): 314-317, 2006.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. Niterói, RJ: LUAM, 1996.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06* – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

DEPEN – *Departamento Penitenciário Nacional*, 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 21 de nov. de 2020.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4ª ed – Niterói, RJ: Impetus, 2009.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Editorial. A (evidente) inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal: o que está em debate no Supremo e a persistência do paradigma proibicionista. *Boletim IBCCRIM*. ANO 27 - Nº 319 - JUNHO/2019 - ISSN 1676-3661.

LOPES, Luciano Santos; PÊCEO, Antônio J. de F. A inconstitucionalidade da criminalização da posse para o uso de entorpecentes: a questão do bem jurídico protegido. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs). *10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na Lei n. 11.343/2006. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo

Noronha de. (Orgs). *10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MASSON, Cleber. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais* / Cleber Masson, Vinícius Marçal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983642>>. Acesso em: 18 nov. de 2020.

TARJA, Alex. Jovem negro de 28 anos preso com 10g de maconha morre de covid-19 em MG. *Uol*, 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/07/10/jovem-negro-de-28-anos-preso-com-10g-de-maconha-morre-de-covid-19-em-mg.htm>>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.

VIEIRA, João. *O homem e as drogas: o penoso caminho do retrocesso*. São Paulo: Letras & Letras, 1996. (V. 1).