



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

**KIANNE MARIA FERNANDES NÓBREGA**

**POSSE E PLANTIO PESSOAL DA *CANNABIS* À LUZ DA TEORIA DA  
IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

**JOÃO PESSOA**

**2023**

**KIANNE MARIA FERNANDES NÓBREGA**

**POSSE E PLANTIO PESSOAL DA *CANNABIS* À LUZ DA TEORIA DA  
IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

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.

Orientadora: Professora Dr.<sup>a</sup> Ana Clara Montenegro Fonseca.

**JOÃO PESSOA**

**2023**

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

N754p Nobrega, Kianne Maria Fernandes.

Posse e plantio da cannabis à luz da teoria da imputação objetiva / Kianne Maria Fernandes Nobrega. - João Pessoa, 2023.

64 f.

Orientação: Ana Clara Montenegro Fonseca.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Cannabis. 2. Teoria da Imputação Objetiva. 3. Consumo. I. Fonseca, Ana Clara Montenegro. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

**KIANNE MARIA FERNANDES NÓBREGA**

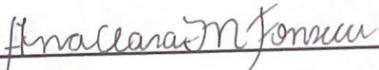
**POSSE E PLANTIO PESSOAL DA CANNABIS À LUZ DA TEORIA DA  
IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

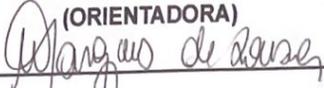
Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa do Centro de  
Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
da Paraíba como requisito parcial da  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr.<sup>a</sup> Ana Clara  
Montenegro Fonseca.

**DATA DA APROVAÇÃO: 31 DE MAIO DE 2023**

**BANCA EXAMINADORA:**

  
\_\_\_\_\_  
**Profa. Dra. Ana Clara Montenegro Fonseca**

**(ORIENTADORA)**  
  
\_\_\_\_\_  
**Profa. Dra. Werna Karenina Marques Sousa**

**(AVALIADORA)**  
  
\_\_\_\_\_  
**Prof. Ms. Gênesis Cavalcanti**  
**(AVALIADOR)**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, Professora Ana Clara, que sem dúvidas é uma grande inspiração para diversas mulheres que assim como eu, enxergam no direito penal a motivação necessária para continuar lutando por uma sociedade mais igualitária e liberta. Em nome do professor Genesis, agradeço ao curso de direito da Universidade Federal da Paraíba, que ao longo dos 5 anos, me moldou e fez parte da minha essencial, ou melhor, fará parte de mim para sempre, com as mais diversas e incríveis experiências que esta academia jamais poderia imaginar. Obrigada.

Aos meus pais e minha família, esta realização também será de vocês. Obrigada pelos esforços infinitos à minha educação, tantas oportunidades e privilégios oferecidos, sempre estarei em dívida de gratidão com vocês. Ao meu pai, especialmente, sei que o seu sonho sempre foi ver seus filhos formados pela federal, hoje, concretizei a parte final. Eu e meu irmão amamos o senhor.

Aos meus companheiros de universidade 2018.1 de Santa Rita/PB, obrigada pelos momentos de aprendizagem para além do conhecimento, torço que cada um de vocês encontrem o melhor nos caminhos da vida. As minhas amigas mais próximas nessa reta final, Giulia, Lais e Neise, vocês foram essenciais, fizeram meus dias e noites mais felizes, amo vocês, meninas.

Agradeço, por fim, as diversas almas de luz que cruzaram o meu caminho e me fizeram chegar até aqui, nada acontece por acaso, disso eu sei. Obrigada Deus, pela dádiva da vida, de amar, do conhecimento e, principalmente, da humildade de reconhecer que ninguém chega em lugar algum sozinho.

## RESUMO

A *cannabis* (maconha) é a substância ilícita mais consumida no Brasil. Mesmo diante da política repressiva e proibicionista, mais fortemente inaugurada na década de 70, o consumo da erva nunca entrou em declínio. Do contrário, a agenda internacional das guerras às drogas pouco demonstrou-se efetiva à redução de usuários ou de circulação do entorpecente. Mesmo assim, predominou uma rigorosa visão efficientista penal, ou seja, praticada pelo *jus puniendi*, principalmente, diante da explosão dos chamados crimes de perigo abstrato. Na perspectiva da modernidade dos riscos, o usuário da maconha desempenha um papel perigoso à saúde da coletividade, pois, o simples fato deste indivíduo usar a maconha, ainda que para fins pessoais, há um entendimento de que isso prejudicaria terceiros. Nesse sentido, há a criminalização do art. 28 da Lei n. 11.343/06, embora, tal lei tenha seguido, em seus princípios e objetivos, o movimento constitucionalista do direito penal após a redemocratização, referenciando-se, portanto, à autodeterminação do ser, liberdades e dignidade da pessoa humana. No entanto, o garantismo deságua em seletividade penal e ineficiência da manutenção dessa política criminal, fazendo-se necessário realizarmos o debate de mecanismos capazes de interpretar na modernidade dos medos se, juridicamente, o uso pessoal da erva cria um risco proibido (*ex ante*) e insuportável ao bem jurídico. Nessa linha, este trabalho faz essa análise a partir da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin, aliada à análise dos princípios constitucionais, os quais são pressupostos materiais mínimos para a legitimidade da intervenção penal. Para tanto, no primeiro capítulo, buscou-se a sistematização proposta pelo modelo funcionalista e a teoria da imputação objetiva roxiniana. No segundo capítulo, analisou-se o delito da posse e plantio da *cannabis* e o perfis daqueles criminalizados. No terceiro capítulo, por fim, pretendeu-se harmonizar a incongruências entre o perigo abstrato criado, o bem jurídico tutelado e a ausência de risco proibido, citando, ainda, debates já existentes na Corte Suprema em grau de recurso. A metodologia refletiu uma revisão bibliográfica e documental, tendo a pesquisa uma abordagem qualitativa. Tudo isso com o fim de interpretar a incongruência da criminalização do uso pessoal da maconha e seu reflexo no sistema de justiça criminal.

**Palavras-chave:** *Cannabis*; Consumo pessoal de drogas; Perigo abstrato; Teoria da Imputação Objetiva.

## ABSTRACT

Cannabis (marijuana) is the most consumed illicit substance in Brazil. Even in the face of the repressive and prohibitionist policy, most strongly inaugurated in the 70's, the consumption of the herb never went into decline. On the contrary, the international agenda of the wars on drugs did not prove to be very effective in reducing the number of users or the circulation of narcotics. Even so, a rigorous penal efficiencyist view prevailed, that is, practiced by the *jus puniendi*, mainly, in the face of the explosion of the so-called crimes of abstract danger. In these crimes, there is a very preventive protection by the State to safeguard collectivized and universal legal goods, believing that criminal law can, in the first instance, guarantee their safety and status quo. From the perspective of the modernity of risks, the marijuana user plays a dangerous role for the health of the community, because the simple fact that this individual uses marijuana, even if for personal purposes, there is an understanding that this would harm others. In this sense, there is the criminalization of art. 28 of Law no. 11.343/06, although this law has followed, in its principles and objectives, the constitutionalist movement of criminal law after redemocratization, referring, therefore, to the self-determination of the being, freedoms and dignity of the human person. However, guaranteeism leads to criminal selectivity and inefficiency in maintaining this criminal policy, making it necessary to carry out a debate on mechanisms capable of interpreting in the modernity of fears whether, legally, the personal use of the herb creates a prohibited risk (*ex ante*) and intolerable to the legal good. In this line, this work makes this analysis based on Claus Roxin's theory of objective imputation, combined with the analysis of constitutional principles, which are minimum material assumptions for the legitimacy of penal intervention. Therefore, in the first chapter, the systematization proposed by the functionalist model and the theory of rox.

**Keywords:** *Cannabis*; Personal drug use; Abstract danger; Objective Imputation Theory.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO PENAL.....</b>	<b>11</b>
2.1	O FUNCIONALISMO PENAL DE CLAUS ROXIN.....	11
2.2	PRINCÍPIOS DA ALTERIDADE E DA AUTONOMIA EM FACE DO DIREITO PENAL ..	14
2.3	A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ROXIN: CONCEITO E SISTEMATIZAÇÃO	19
<b>3</b>	<b>A NOVA LEI DE DROGAS, EFICIENTISMO PENAL E A DESPENALIZAÇÃO DO ART. 28 .....</b>	<b>24</b>
3.1	O PANORAMA INAUGURADO PELA LEI N. 11.343/2006.....	25
3.2	POSSE E PLANTIO DA CANNABIS: ANÁLISE DA CONDUTA DE CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA DO ART. 28 E SEU PARÁGRAGO 1º .....	29
3.3	CANNABIS E O BEM DA SAÚDE PÚBLICA.....	33
<b>4</b>	<b>CRIME DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA .....</b>	<b>39</b>
4.1	DEFINIÇÃO DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO.....	40
4.2	LEITURA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: <i>EX ANTE</i> DO PLANTIO E POSSE DA MACONHA	44
4.3	DESCRIMINALIZAÇÃO EM DEBATE PELO SUPREMO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659/SP .....	48
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, cada vez mais rápido e tecnológico, torna-se indiscutível que a aplicação de uma lei penal estática e cristalizada condiciona a sua interpretação equivocada e ineficiente, diante da potencialidade, transmutabilidade e dinamismo social.

A chamada sociedade de risco da modernidade é uma realidade. O perigo e o receio de um futuro desconhecido demanda pelo Estado a urgência de intervenções, a todo tempo, mais abstratas. Pode-se dizer que se configura um futurologismo paternalista de prevenção de riscos e tutelas expansivistas, em detrimento do pensamento propriamente das liberdades individuais.

A revolução pós-industrial ensejou, em escala global, a transnacionalização do medo, seja quando o assunto é sobre o meio ambiente, a saúde coletiva, a segurança pública ou mesmo econômica. As fronteiras geográficas propiciaram a integração mundial diante de inimigos universais, como é o caso das drogas, em especial da *cannabis*.

Com essa nova ordem da política do risco, o direito penal passou a ser um braço da intervenção estatal, cobrado e, amplamente, diversificado em condutas distintas, representando uma espécie de anseio e esperança – de não só proteger a nação de um risco iminente, mas de prevenir, ou melhor, aniquilar qualquer ameaça aos bens jurídicos lidos como universais, a fim de manter o *status quo*.

Coube à justiça criminal tutelar, efetivar, fiscalizar e garantir o resguardo da sociedade. Diante desse novo cenário, o legislador passou a utilizar frequentemente conceito abstratos e gerais, para justificar a sanção e o poder punitivo. Ou seja, os bens jurídicos passaram a ser observados não somente a partir de um risco concreto, mas pela sua potencialidade de sofrer perigos em contextos de incerteza.

É o caso do bem jurídico pretensamente tutelado pela conduta descrita no título deste trabalho: a saúde pública. A Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco, em especial seu art. 28, que criminaliza o uso e o plantio de maconha, tem como justificativa a saúde da coletividade pelo legislador. Este crime, portanto, é um exemplo dos delitos da chamada da modernidade da modernidade, uma vez que é classificado como crime de perigo abstrato. O

Estado, através da figura do legislador, ao exercer a tutela penal expansiva/expansivista, desconhece princípios constitucionais como a lesividade e autodeterminação do indivíduo, pois ao seu sentir, o uso pessoal atingiria à sociedade.

A escolha pelo legislativo, no entanto, não parte de uma presunção singular e pautada na realidade brasileira, deriva justamente da agenda internacionalizada. Esta impõe a guerra às drogas como uma das batalhas do século na sociedade de risco, imputando-se ao usuário o assento de dependente e ao traficante aquele de delinquente – ambos socialmente recriminados, desde a legislação anteriormente vigente, a antiga Lei 6.368/76. Portanto, principalmente na década de 70, ao acompanhar a agenda global, o usuário de drogas no Brasil passa a ser visto como um criminoso, ainda que com um discurso médico-sanitarista. Assim, sua pena prisão era uma realidade, ainda que menos gravosa que a sanção do traficante, por questões lógicas repressivas.

Paralelo à onda do efficientismo penal em larga escala, também, na década de 70, o autor alemão Claus Roxin apresenta o funcionalismo penal e a sua teoria da imputação objetiva. Esta desloca a generalidade da retributiva da pena para uma finalidade funcionalista, em que o direito penal só poderia interferir quando um bem juridicamente relevante fosse necessariamente atingido. A ideia, além de buscar a justiça social, preocupa-se, para além da abstração, com as consequências do *jus puniendi*.

Ainda, o nascedouro do garantismo penal em solo brasileiro só foi visto com a redemocratização em 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal, vigente até hoje. Esta inaugurou o movimento de constitucionalização do direito penal: a normal penal deveria ser harmoniosa com os princípios e garantias fundamentais, devendo ainda, ser a última razão quando das intervenções estatais.

Diante da nova conjuntura do Estado Democrático de Direito, a política criminal anteriormente adotada tornou-se defasada, mormente em face do tratamento a ser dado ao usuário. Assim, foi promulgada a Nova lei de Drogas, Lei n. 11.343/2006, trazendo princípios, direitos e garantias em concordância com a dignidade da pessoa humana e, principalmente, despenalizando a conduta referida do uso.

Em que pese aparentar ser um avanço, a medida estatal, ao longo do tempo, comprovou a seletividade penal enraizada e nunca desmitificada. Isso pode ser sentido a partir da observação das estatísticas, que mostram o superencarceramento por tráfico de drogas de uma população negra e periférica. É este o grupo diretamente selecionado para preencher o enquadramento como traficantes – mesmo que essa classificação ocorra perante a apreensão de gramas irrisórias de entorpecentes, bem como a depender de outros fatores pessoais do suspeito, como seu bairro de moradia, sua escolaridade, sua condição socioeconômica. Eis que o direito penal que deveria ser o do fato perde para o retorno explícito do direito penal do autor.

Por isso, faz-se necessário analisar se à luz da teoria da imputação objetiva a manutenção da criminalização do uso da *cannabis* serve ao garantismo penal ou ao etiquetamento de criminosos – pela seletividade penal e pelo depósito de uma população marginalizada em presídios. O tema ganha mais relevo e atualidade, porque já tramita na Suprema Corte o Recurso Extraordinário nº 635.659/RJ, com 3 votos contabilizados pela descriminalização da maconha para uso e plantio pessoais.

Em outros termos, é escopo principal deste trabalho, analisar se há criação de um risco proibido em face da saúde pública (bem jurídico tutelado), pelo simples uso e plantio pessoal da maconha, utilizando-se a primeira categoria da imputação objetiva, a leitura *ex ante*, haja vista que a conduta criminalizada é classificada como de perigo abstrato. Para tanto, a monografia estrutura-se em três capítulos.

No primeiro, pretende-se compreender o funcionalismo proposto por Claus Roxin, sua interseção com os princípios constitucionais da lesividade e da autonomia e a teoria da imputação objetiva, uma vez que se inaugura no direito penal a valoração para além de conceitos ontológicos, trazendo o legislador e o julgador ao necessário olhar concreto, proporcional e medida extrema excepcional do direito penal.

No segundo, faz-se um estudo acerca da Lei de Drogas e o seu art. 28, inclusive com regresso à legislação pregressa, a fim de compreender as raízes da política criminal impostas ao usuário e, principalmente, traçar o perfil daqueles penalizados. Em um contexto de sociedade dos riscos, busca-se o lugar que o efficientismo ocupa em relação ao uso e plantio pessoal da maconha, haja vista

a latente problemática do sistema justiça moderno diante da generalidade de bens jurídicos invisíveis na ação concreta, neste caso, a saúde pública.

No terceiro, analisa-se o crime do art. 28 como de perigo abstrato, seu significado e consequências, com o objetivo de entendermos como a presunção da periculosidade da ação se manifesta. Ao propormos a leitura ex ante do delito da imputação objetiva, ou seja, a demonstração da não criação de um risco proibido, nos deparamos que a escassez de razões constitucionais, sociais e política criminal para perpetuar a criminalização da autodeterminação e liberdade expressiva do ser, inclusive, indicando a atualidade do tema, visto que o Supremo Tribunal Federal debate sobre caso de usuário de maconha condenado.

Além disso, cumpre-se ressaltar que metodologicamente será utilizado a pesquisa bibliográfica e documental acerca do tema, através de referências teóricas em diversas publicações de relevância acadêmica e científica tais como artigos, livros, dissertações, teses, estatísticas e reportagens eletrônicas.

Por fim, espera-se que esta pesquisa possa contribuir na política criminal adotada ao usuário da cannabis, seja de maneira recreativa, seja medicinal, pois o seu uso pessoal, somente cabe a ele próprio, não havendo diferença da sua escolha. A sociedade, então, ao tomar conhecimento das controvérsias elencadas, com a ajuda de um debate sincero de ausência de necessidade de tutela penal, possa ver prevalecer garantias e liberdades individuais em face do arbítrio leviatã.

## **2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO PENAL**

A teoria da imputação objetiva proposta por Claus Roxin, partida teórica principal deste trabalho, propõe que para a criminalização de uma conduta e intervenção do direito penal, faz-se necessário o preenchimento de requisitos para além do conceito ontológico proposto pelo legislador, como a criação de um risco não permitido e a realização do risco no resultado.

Aliado ao funcionalismo roxiniano e a necessidade de resguardo de bens jurídicos socialmente relevantes, a teoria ganha contexto principiológico constitucional, quando condiciona as leis penais e suas interpretações concomitante aos valores do Estado Democrático de Direito e as garantias e liberdades individuais como reverberação da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o objetivo deste capítulo é refletirmos acerca do surgimento do funcionalismo alemão, os princípios da lesividade e autodeterminação e, principalmente, se ao interpretarmos o art. 28 da atual legislação de drogas, é suportável e razoável que o direito penal não só intervenha, mas criminalize o uso pessoal da maconha, à luz do primeiro requisito: criação de um risco não proibido e de uma leitura constitucional da política criminal desenhada pelo direito penal.

### **2.1 O funcionalismo penal de Claus Roxin**

A obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, lançada na década de 70, pelo jurista alemão Claus Roxin, fomentou debates e reflexões acerca da sistematização do direito penal e as teorias gerais do delito, inaugurando uma fase conhecida como teológica-racional ou teleológica-funcional.

Salientou, nessa ideia, a importância da construção de conceitos sistemáticos para a dogmática jurídica penal, indispensável, para uma política criminal normativa que servisse como norte em face do sistema jurídico anterior (DE POLI, 2019, p. 27).

Importante mencionar que o jurista alemão não abandona as teorias do delito anteriores, no entanto, percebe a insuficiência e incapacidade dos modelos

pregressos envolvidos pelo direito penal, ao passo que compreende as evidentes contribuições à teoria do delito.

Pra Fonsceca, com a experiência advinda do neokantismo e do finalismo, modelos anteriores ao proposto por Roxin e em conjunto com as críticas trazidas, foi possível o desenvolvimento da teoria do delito nas vertentes que conhecemos hoje, principalmente em face da adaptação do delito em conformidade com a política criminal e a justiça social, para além de conceitos cristalizados do conceito de crime (FONSCECA, 2019, p. 106).

De igual modo, vale destacar que o funcionalismo não se restringe à obra roxiniana, haja vista que também é possível se debruçar acerca da teoria funcionalista sistêmica de Günter Jakobs, por exemplo. Todavia, ambos convergem, mesmo partilhando diferenças, ao sistema jurídico-penal com enfoque no resultado da pena. Assim disserta De Poli:

Dessa forma, as teorias sobre os fins da pena acabam assumindo um importante papel no sistema funcionalista, pois se o delito é o conjunto de preceitos da pena, ele deve ser construído a partir do seu resultado, bem como dos fins da pena (DE POLI, 2019, p. 29).

Para Greco (2000, p. 230), a teoria dos fins da pena adquire protagonismo no sistema funcionalista, ao passo que se o delito perseguido apresenta pressupostos punitivista, devem estes serem moldados tendo em vista as suas consequências, ou seja, o seu fim, o desenrolar e sua reverberação na sociedade.

O direito penal passa, então, a se preocupar com a finalidade da pena, desloca-se um viés meramente retributivo da pena generalista, para um viés funcionalista, elegendo bens jurídicos a serem protegidos e preocupando-se com a reverberação do poder de punir estatal em face de sujeito de direitos.

A construção funcionalista indica que o a justiça criminal significaria justiça social quando valora a política criminal através de princípios constitucionais. A função do direito penal passa a ser de proteção a bens jurídico relevantes, caso contrário, sua imposição seria injusta e arbitrária.

Conforme Greco, desde logo, deve-se realizar uma interpretação dedutiva e indutiva, quando a valoração da conduta realizada passa a ser analisada, de maneira estrita, não abstrata, minuciosamente, da realidade e dos

problemas gerados, lidos conforme sua exteriorização mutável diante da dinâmica social (GRECO, 2000, p. 238).

A teoria teleológica-funcional parte da inquietação da divisão entre direito penal como ciência social e ciência jurídica proposta na teoria finalista de Listz, a qual mostravam-se contrapostas e que atingiam finalidades distintas: enquanto política criminal buscava racionalizar o combate à criminalidade, o direito penal deveria assegurar a punição uniforme do transgressor.

Segundo Roxin (2002, p. 03), Listz não desejava o que seria sua ideia de fim, isto é, que o caso concreto pudesse ser resolvido de maneira vantajosa à coletividade sem fórmula artificial e sistemática, distante da generalização, buscava, no entanto, a rígida interpretação e super valoração das normas jurídicas em prol da punição do indivíduo.

Dessa forma, não há aparição da justiça social, procurava-se, tão somente, a aplicação de conceitos ontológicos retributivos, supostamente garantidores e suficientes ao *jus puniendi*: o direito penal, portanto, deveria ser lido como ciência sistemática.

Embora a crítica em relação à rigidez ontológica, autor alemão não descarta ou rechaça a sistemática anterior, uma vez que reconhece o inegável avanço, principalmente à segurança jurídica, no que tange a estruturação do conceito de crime, ocorrendo, sobretudo, uma relação de complementariedade, não de incompatibilidade. Nesse linha, discorre Roxin:

Que a estrutura sistemática do material jurídico vantagens acima descritas, não se pode negar. Permanece, porém, um certo desconforto, que sempre se intensifica quando se pergunta se o minucioso trabalho das nossas sistemáticas, feito através de sutilíssimas precisões conceituais, não se caracterizaria por uma desproporção entre os esforços investidos pelos estudiosos e suas consequências práticas (ROXIN, 2002, p. 06).

O questionamento acima chama o direito penal positivista e endurecido à realidade da política-criminal de uma sociedade dinâmica e cada vez mais complexa e globalizada, quando pondera, proporcionalmente, o que efetivamente se mostra relevante: a aplicação irretocável de conceitos abstratos ou a resolução através da leitura concreta em correlação social e política.

Nesse interim o funcionalismo teleológico aponta as falhas do modelo finalista, não abandona ou desmerece a preocupação fática da segurança

jurídica, somente acrescenta no debate incapacidade do causalismo ao engessar as multifaces e se delimitar suficiente ao direito penal (FONSCECA, 2019, p. 171).

Por isso a importância de princípios orientadores, proporcionais e razoáveis na aplicação da lei penal em congruência com a realidade do caso concreto, os quais, desempenham protagonismo essencial em busca de uma valoração palpável à sociedade moderna e em constante transformação.

Nessa linha, Bitencourt afirma funcionalismo do professor alemão, dessa forma, sustenta que o direito penal não deve ser estruturado e aplicado às margens dos efeitos que desencadeia pela sociedade, principalmente porque em uma leitura proporcional e razoável, sua intervenção é a mais danosa do braço estatal, não devendo ser alheio aos fins que o legitimam. Ao trazermos os princípios e as finalidades da aplicação penal ao contexto, torna-se possível o afastamento da abstração insatisfatória do positivismo sistemático pouco interessado em justiça social (BITENCOURT, 2018, p. 184)

Destarte, a teoria teológica-funcional tem como enfoque a intervenção do direito penal somente diante de comportamentos que geram efetivos riscos sócio politicamente inaceitáveis à sociedade.

Sabe-se que a contextualização, então, acerca da periculosidade de uma ação, não poderia ser totalizada em conceitos dogmáticos, estáticos, rígidos, e desassociados de uma política-criminal proporcional e razoável diante do poderio estatal punitivo.

Por isso o funcionalismo representa importante revolução ao resguardar-se da imperiosidade e autoritarismo de uma tutela penal expansiva e desrespeitador de direitos e garantias fundamentais, haja vista que o filtro orientador de uma normal penal, necessariamente, passa pela adequação principiológicas a seguir debatidas, principalmente no que tange a conduta do uso e do plantio da *cannabis*.

## **2.2 Princípios da alteridade e da autonomia em face do Direito Penal**

Os princípios vetores da política-criminal, ao funcionalismo roxiniano, apresentam-se como fundamentais e indispensáveis na aplicação política-criminal, justamente por serem capazes de trilhar caminhos tangíveis aos

problemas concretos, em busca de uma solução adequada à realidade. Conforme Roxin disserta:

Parto da ideia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à "matéria jurídica", aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade (ROXIN, 2016, p. 61).

Como já exposto, o direito penal somente deveria intervir perante risco insuportável a bem jurídico, de modo que, conforme Roxin (2009, p. 18), é definido como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Disserta Baptista (2016) que teoria ampla, hoje prevalente, alarga a noção constitucional de bem jurídico-penal para alcançar os bens de relevância constitucional implícita e os bens não incompatíveis com a Constituição. Nesse sentido, os princípios concretizam-se na tutela penal, como agentes orientadores da política-criminal, em face de conceitos ontológicos.

Nesse sentido, os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito exposta pela Regra Maior comprometem que o legislador, ao direcionar um projeto de lei deva, necessariamente, interferi-los na política criminal, assim como os aplicadores de lei do estatal, do ministro da Suprema Corte ao agente penitenciário, por exemplo, devem considerá-los.

Dentre eles, com enfoque à construção da teoria da imputação objetiva no crime de uso e plantio pessoal da maconha, revelam-se basilares o princípio da alteridade e da autonomia, uma vez que tratam da intervenção do tipo penal praticado pelo sujeito transgressor em contraponto com a coletividade.

Isso porque, de acordo a teoria do autor alemão, as ações *ex ante* que não sejam dotadas de mínimas periculosidades, capazes de gerarem riscos jurídicos evidentemente relevantes, não deveriam constituir crime, considerando sua atipicidade e anormalidade com princípios constitucionais, a qual se será estudada no capítulo terceiro.

Se não há uma criação de risco à terceiros ao uso pessoal e plantio da *cannabis*, questão principal a ser analisada neste trabalho, então a criminalização do art. 28 é desarrazoada e desarmônica com princípios fundamentais e democrático, tornando a intervenção penal um verdadeiro arbítrio. Nessa linha, propõe Greco:

A teoria da imputação objetiva reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão em bem jurídico - com o que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo - que esta lesão surja como consequência de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado (GRECO, 2000, p. 251).

Para Baptista a concepção constitucionalmente orientada de bem jurídico deve levar em conta a existência de valores que, embora não encartados formalmente na Constituição, refletem-se em normas que possuem o status de materialmente constitucionais (BAPTISTA, 2016, p. 67).

A presente leitura coaduna com as bases funcionalistas, quando trazem a discussão dogmática para além dos conceitos abstratos, ao passo que introduz na legislativa penal os princípios teleológico-funcionais do caso concreto a fim de resguardar bens jurídicos penalmente relevantes.

O direito penal deve introduzir que a conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime - por isso chamado de objeto jurídico do crime) (BATISTA, 2017, p. 91).

Retorna, portanto, no princípio da alteridade, aqui posto como lesividade, a máxima roxiniana: o comportamento só merece ser repreendido, penalmente, se houver efetiva lesão aos direitos da coletividade, não podendo ser desvirtuado para punir o recriminado ou não aceito, por questões morais e ideológicas.

Assim, a mera desconsideração ou reprovação de uma parte da população ainda que maior em termos gerais, por meras considerações religiosas, culturais ou até mesmo preconceituosas, não são aptas a justificar a criminalização de uma conduta individualista, pois a ofensividade parte de uma conduta perigosa, concretamente à sociedade.

O princípio da ofensividade tanto desempenha um papel de orientação ao legislador, como já discutido neste tópico, pois possibilita orientação de política criminal na elaboração da conduta repreendida, ou seja, longe de um

conceito vazio, cobrando uma conduta proibido em ponderação com bens jurídicos relevantes, como permite que o operador do direito interpreta cada caso em concreto a peculiaridade da lesividade.

A função do princípio da lesividade é proibir a intervenção punitiva estatal de uma conduta que não exceda o âmbito individual do próprio autor, ou seja, não há que se falar em punição em crimes que o próprio indivíduo se coloca em perigo. Assim desenvolve Onofre:

Necessita-se uma exteriorização da conduta praticada. Caso contrário, além da infringência à lesividade, desrespeita-se os preceitos constitucionais de proteção e resguardo à vida privada, a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação (ONOFRE, 2016, p. 35).

Um dos maiores exemplos utilizados é a impossibilidade de criminalizar o suicídio. Ora, ao tirar a própria vida, não há dúvidas que o sujeito estaria maculando a vida, bem jurídico tutelado, no entanto, não há que se falar em punição, haja vista que não houve ofensividade à coletividade.

Dessa forma, o princípio da lesividade deve ser aplicado tanto pelo legislador, em momento anterior a formulação legislativa, como pelo julgador do caso concreto, uma vez que o indivíduo não pode ser punido pela pretensão de proteção a bem jurídico, sem qualquer ofensividade e concretude periculosa.

De outra banda, o princípio da autonomia, embora não explícito na Constituição Federal, preconiza o respeito à diversidade e a dignidade da pessoa humana, em clara harmonia com a autodeterminação e da valorização das liberdades individuais em sentido amplo.

Nessa linha segue Barreto Neto quando aponta o comando da proteção e necessidade do resguardo da autonomia permeia a liberdade individual, em seu sentido mais amplo. Sendo relacionada em diversos direitos fundamentais, desde o direito à vida ao direito da autodeterminação, sendo indispensável até mesmo para que o indivíduo, de acordo com suas escolhas, busque e encontre o direito à felicidade (BARRETO NETO, 2014, p. 352)

Para Barroso (2010), o direito à autodeterminação está intrinsecamente correlacionado com a dignidade da pessoa humana, sendo um elemento ético, o qual determina a liberdade do indivíduo em escolher o modo de gerir sua vida e suas escolhas.

O direito penal, não deveria, portanto, punir o *ser por ser*, mas somente se a exteriorização do agir, ou seja, a leitura *ex ante* do delito pudesse gerar risco à terceiros, haja vista que a moral do sujeito, de igual modo, deve ser apreciada, respeitada e valorizada, nos limites do Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, apresenta Zaffaroni:

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana (ZAFFARONI, 2015).

Não há de se permitir que o direito penal se transforme em uma perseguição do ser humano entendido por conjecturas sociais, políticas e economia como subversivo, sendo submetido a correções pelo poder punir, pois em uma leitura constitucionalizada da intervenção da justiça criminal deve-se punir o fato que gere perigo ao bem jurídico, não o indivíduo pelas suas escolhas.

Para Nino (2017), o bem mais genérico que está protegido pelo princípio da autonomia é a liberdade de realizar qualquer conduta, desde que não prejudique terceiros, ou seja, a individualidade, a autodeterminação do ser, não deve ser tolhida de forma arbitrária e totalitária pelo poder punitivo.

O que, por óbvio, não se configura uma posição anárquica, mas somente uma limitação ao poderio corretivo em leitura proporcional e razoável se, de fato, a ação tomada pelo sujeito transcende a esfera da sua liberdade e atinge, perigosamente, a individualidade alheia.

Não há qualquer razoabilidade legal em obstaculizar, diminuir a complexidade e alcance da autonomia do indivíduo em busca de uma ideia de mérito abstrato em prol resguardo contra ele mesmo, tampouco pena, castigos, para que gere um amparo e conscientização do ato, principalmente diante da inegável correlação do uso de entorpecentes com a saúde. Dessa forma, dita Barreto Neto:

Em assuntos penais, todavia, limitar a órbita de autonomia de um indivíduo necessita de um plus argumentativo que coloque em ponderação os níveis de invasão na esfera subjetiva particular e – sopesando outros parâmetros decisórios específicos – autorize tal invasão somente diante de casos verdadeiramente excepcionais (BARRETO NETO, 2015, p. 21).

Mostra-se inegável a correlação entre os princípios aqui dissecados, sobretudo com as diretrizes do funcionalismo, quando harmoniosamente a lesividade e autodeterminação são placas orientadoras de uma política-criminal de um Estado Democrático e que respeita a diversidade em face de uma política intervencionista que pune a maré contrária.

Quando o legislador e os operadores jurídicos abandonam conceitos ontológicos e petrificados, meramente causalistas, dando espaço à interseção de princípios constitucionais, a leitura da normal penal passa a exteriorizar proporcionalidade e razoabilidade, foca-se no fato, não no autor do fato.

Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva proposta por Roxin orienta a percepção de quando a intervenção penal se mostra necessário ou um excesso. A sistematização da conduta penalmente relevante será demonstrada a seguir.

### **2.3 A teoria da imputação objetiva de Roxin: conceito e sistematização**

De maneira coesa e exemplificativa, Roxin (2002, p. 5) passeia nas teorias do delito naturalista e finalista, a fim de que seja criado um paralelo à introdução da teoria defendida. Enquanto a teoria naturalista, em suma, contentava-se com a exteriorização da ação no mundo nos crimes de resultado, os finalistas, acrescentaram o dolo, para além de requisitos subjetivos do fim de agir, logo não haveria crime sem finalidade, seja objetiva ou subjetiva.

O grande enfoque da teoria roxiniana está no elemento objetivo, visto que não bastaria estar presente os conceitos ontológicos do crime (ação, causalidade e resultado), haveria de conter, para configura-se como fato típico, requisitos para demonstração da causação, sendo a imputação objetiva (ROXIN, 2002, p. 7).

Nas considerações do jurista alemão, faz-se necessário a criação de um risco juridicamente desaprovado e, cumulativamente, realização do risco do resultado. (ROXIN, 2002, p.8). Dessa forma, para o autor, não há que se falar em fato típico, se não existir, uma leitura *ex ante* à criação de risco proibido,

pronto principal a ser analisado em face da conduta do uso e plantio pessoal da maconha, como aqui é proposto. Assim apresenta Leal:

É possível previamente notar que, para a teoria da imputação objetiva, toda a ação realizada pelo autor do fato punível deve gerar um risco não permitido com um resultado e que este esteja abrangido pelo tipo penal e o seu intento de proteger algum bem jurídico (LEAL, 2016, p. 24).

Debateremos em capítulo específico acerca da natureza da tipificação de crimes de perigo, os quais seriam aptos em gerar perigo à sociedade em face de bens jurídicos tutelados, todavia, por hora, basta a compreensão que para a teoria da imputação objetiva, o fato somente será típico, ou seja, o sujeito somente deverá ser punido, quando a sua ação, concretamente, gerar risco latente ao bem jurídico tutelado.

Como pontua Greco (2005, p. 25), apenas ações perigosas são proibidas, mas nem todas as ações perigosas são proibidas, por isso a necessidade de valorar quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação e a intervenção do direito penal. Isso porque, viver, por si só, resta diversos perigos, a vida em sociedade é dinâmica e ações geram reações, sendo impossível tutelar todo risco ou perigo gerado por tamanho dinamismo social.

Por isso a leitura de uma conduta inicialmente desaprovada através do critério da teoria da imputação objetiva parece ser um caminho possível de superar a abstração de conceitos distantes, a fim de que a intervenção penal seja condicionada aos princípios e garantias constitucionais.

Nessa linha, os autor Dos Anjos disserta que a teoria da imputação objetiva acrescentaria uma valoração objetiva da tipicidade, ou seja, não avaliaria unitariamente a subjetividade da ação descrita, mas se a conduta criaria um risco ao bem jurídico tutelado pela normal, ou seja, o direito penal somente deveria interferir perante um risco socialmente insuportável (DOS ANJOS VERNICE, 2015). Dessa maneira, Gomes discorre:

A concepção de permissibilidade de riscos possui a finalidade de possibilitar o desempenho de atividades necessárias à manutenção da vida do ser em sociedade, caso não houvesse a figura do risco permitido alcançaríamos o congelamento social. O risco permitido consiste na permissibilidade de atividades que possam afetar determinados bens jurídicos penalmente relevantes sem que com isso se incorra na prática de atividades típicas (GOMES, 2016, p. 66).

Distante dos princípios da lesividade e da autonomia, por exemplo, o direito penal, avulso à política-crimal e a sociedade, tragicamente sucumbiria ao trazer riscos toleráveis e intoleráveis, haja vista a insuficiência e anemia dos elementos do crime em se sensibilizar com a ação humana no mundo dinâmico e complexo, principalmente na modernidade.

Supera-se a mera causalidade abstrata da ação do indivíduo em elementares analíticas, frias e distantes do caso concreto, ao passo que a valoração social daquele agente dito transgressor é interpretada através de possibilidade fática de prejudicar terceiros, se não, o fato típico torna-se vazio em sua essência à coletividade.

Fatalmente, assim também falecerá a legitimidade castigadora da aplicação da lei penal, pois, não prevaleceria o resguardo do bem tutelado, tornando-se, portanto, irrelevante aos olhos vigiantes e penosos. Assim Gomes discorre:

O embasamento teórico elucidado pelo mencionado autor nos remete a análise da existência real de constatação dos sujeitos envolvidos, das circunstâncias de risco proibido e a assunção direta ou colateral da responsabilidade dos danos porventura desencadeados (GOMES, 2016, p. 77).

Entre os requisitos para a configuração do ilícito penal, no que tange ao objeto tratado neste trabalho, urge debruçarmos sobre a criação de um risco não permitido, haja vista que partimos do crime do art.28 da Lei de Drogas, classificado como crime de perigo abstrato, o qual, a priori, basta a presunção da periculosidade, como estudaremos em momento oportuno.

Logo, ao importamos o primeiro critério da teoria da imputação objetiva, ou seja, a criação de um risco não permitido pelo autor, partiremos da leitura ex ante, a fim de questionarmos qual efetiva criação de risco ao bem jurídico tutelada pela norma do art. 28 capaz de justificar a criminalização do uso pessoal da maconha.

Em face da criação do risco não permitido, como já exposto, nem toda ação perigosa há de ser proibida, pelo simples fato viver ser um ato perigoso. Por isso, somente o tipo objetivo ou subjetivo padece, pela incapacidade de, concretamente, enxergar a lesividade da conduta.

Importante delimitar, segundo Leal (2016) se, concretamente, a ação pretendida pelo agente é capaz de propiciar ou não risco não protegido, pois o crime ao ser imputada, a condutada ao ser criminalizada, deve obrigatoriamente atingir um risco desprotegido pela completude e capacidade do direito penal de interferir e tutelar liberdades individuais.

De outra bando, seguindo a teoria da imputação objetiva, faria ainda necessário que a criação de um risco não permitido gerasse, efetivamente um resultado lesivo advindo desta criação para legitimar a punição, o que é consignado como uma leitura *ex post*, visto que após a realização do risco não permitido, teria que comprovadamente auferir um resultado danoso ao bem jurídico tutelado. Assim é o pensamento de Leal:

Há então a necessidade de não ser somente criado um risco juridicamente não protegido, para que se possa imputar um resultado a alguém; deve esse resultado advir da própria criação do risco (...) Consequentemente, o conceito da realização do risco não permitido torna-se essencial para a compreensão da teoria da imputação objetiva, em que não basta uma simples relação de causa, nem um critério subjetivo, para se ter a imputação de um fato como crime a alguém, sendo necessária a sua conversão em um resultado (LEAL, 2016, p. 29).

Dessa forma, não basta a subjetividade, a probabilidade, a possível lesão, visto que o perigo, o risco, súplica, para fins punitivo, de um resultado lesivo insuportável ao bem jurídico ferido. A causa e a consequências, em si, não bastam para justificar a mão castigadora.

No entanto a leitura *ex post* não será palco de discussão posteriormente trazida, uma vez que como já delimitado, o primeiro requisito subjetivo da teoria roxiniana basta para levantar o questionamento acerca da criminalização do usuário pessoal da maconha, considerando a classificação de crime de perigo abstrato servir como justificativa da manutenção do crime e as sanções penais.

O cerne é que deverá uma leitura *ex ante* ser realizada através dos princípios constitucionais, em especial os aqui elencados, para determinar a criação de um não permitido, no caso concreto, visto que a norma, por si só, não é competente para auferir a exteriorização justa à política-criminal. Propõe nesse caminho Roxin:

Se em uma leitura *ex ante*, a ação praticada não parecer perigosa aos olhos do observador objetivo, dotado de conhecimento especiais do autor, ela não terá que ser proibida. Isto porque as normais penais não proíbem ações que sequer gerem riscos juridicamente relevantes (ROXIN, 2002, p. 81).

Se o direito penal admite a existência de riscos permitidos ao mesmo tempo que tutela bens jurídicos, faz-se necessário, logo, uma coexistência, uma ponderação entre os limites da autonomia e os limites punitivos, caso contrário as garantias e os direitos fundamentais viveram em eterno conflito com as intervenções penais, trazendo injustiças em uma igualdade formal distante do ideal material, em uma subversão de um Estado Democrático de Direito.

Diante da sistematização da teoria proposta, faz-se necessário compreender a atual Lei de Drogas e, principalmente, o art.28 do dispositivo legal à luz da teoria da imputação objetiva, *ex ante*, a fim de refletirmos qual risco o uso pessoal da maconha desencadeia à coletividade e, conseqüentemente, legitima o direito penal e suas conseqüências na vida do indivíduo.

### **3 A NOVA LEI DE DROGAS, EFICIENTISMO PENAL E A DESPENALIZAÇÃO DO ART. 28**

Em que pese o objetivo deste trabalho não seja realizar uma regressão histórica ao combate às drogas no Brasil, para fins didáticos, faz-se necessário realizarmos algumas ponderações acerca dos alicerces que sustentam a codificação vigente/ que dão suporte a codificação atual, para fins de compreensão do que a atual Lei de Drogas representa.

O discurso jurídico-político, institucionalizado Lei 6.368/76 (legislação anterior vigente), personifica a droga como um verdadeiro inimigo da nação, devendo ser amplamente e massivamente repreendida pelo poderio estatal em sua máxima efetividade, refletindo punições severas e enérgicas.

A política internacional de um discurso hegemônico contra as drogas mudou a forma estatal de encarar o uso de entorpecentes de maneira globalizada. O crime de perigo abstrato em larga expansibilidade encontra no direito penal o largo braço para garantir a segurança nacional.

Ao usuário de drogas restava o discurso médico-sanitário, visto como um depende à saúde, ao traficante de drogas, restou a etiqueta de delinquente que deveria sofrer reprimenda estatal exemplar, encarado como uma ameaça social quase que onipresente. Nessa linha, a política criminal buscou monopolizar na intervenção da justiça criminal as respostas à problemática das drogas, o que causou pouca efetividade na repreensão e prevenção anteriormente desenhada pela legislação da década de 70 como meios eficazes ao controle

Ao longo da vigência da antiga Lei, o Brasil passou pela redemocratização e, em 1988, a Constituição Federal foi proclamada, com diversos princípios, aliados à dignidade das pessoas, como princípio da lesividade, autodeterminação, liberdade, proporcionalidade e razoabilidade que evidenciaram o confronto com a política anteriormente adotada.

Foi quando em 2006, a atual Lei de Drogas, 11.343/06, deu novos rumos a política nacional em relação ao uso de drogas, considerando os princípios constitucionais já expresso. Inovando, inclusive, ao despenalizar o uso pessoal de entorpecentes, conforme redação do art. 28.

No entanto, mesmo diante da nova Lei, o eficientismo penal continua a política criminal utilizada, o hiperencaramento uma realidade e a despenalização do uso uma possibilidade para uma parte da população. Logo, faz-se necessário entender o que a nova Lei de Drogas representa na política criminal brasileira.

### **3.1 O panorama inaugurado pela Lei n. 11.343/2006**

Antes de adentrarmos na política inaugurada pela Nova de Lei de Drogas, faz-se necessária contextualizar a política regressiva, no que tange ao usuário de drogas, uma vez que o seu nascedouro está intrinsecamente correlacionado com a guerra às drogas, através da Lei n. 6.368/76. Até para entendermos, posteriormente, a classificação deste delito como crime abstrato, no contexto de internacionalização do medo e suas consequências até os dias atuais.

O modelo jurídico-político da década de 70 brasileiro teve seu germinar com a internacionalização de controle estatal, no sentido de permitir a uniformização global do combate às drogas, o mais novo inimigo amoral e maléfico amplamente difundido, devendo ser reprimido com força máxima.

Surge o modelo sanitário-político-jurídico, o qual Machado (2017) chama de ideologia da diferenciação, quando o usuário é visto como um doente, que necessitaria de intervenção médica e o traficante de delinquente, devendo ser severamente punido. Há, portanto, uma unidade de princípios, objetivos e políticas que deveriam ser seguidos por esses países, um exemplo pioneiro foi Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, em Nova York.

Para Olmo ocorre quando desconhece a própria universalidade e diversificação social, ao uniformizar o controle social sem limitações, através de legislações correlatas e, conseqüentemente tratando as questões de entorpecentes de maneira abstrata e desvinculado da sua própria história, ignorando a especificidade concreta entre países socialmente, economicamente e politicamente tão distintos (DEL OMO, 1999).

A nova Lei de Drogas mantém a dinâmica estrutural da antiga Lei, no entanto, com um recorte ainda mais repressivo, com penas de 5 a 15 anos para o traficante que, ao entrar na execução penal, desde a criação da Lei de Crimes Hediondos, passou a aguardar progressão de regime em frações maiores,

tornando sua permanência em regime fechado mais custosa ao hipercarceramento. Apresenta Rodrigues:

No caso do Brasil, em especial após a lei dos crimes hediondos, a opção proibicionista é clara e o impacto social é especialmente dramático. Os pequenos traficantes presos ao saírem da prisão estão mais integrados nas redes criminosas, e o índice de reincidência aumenta proporcionalmente à ausência de investimentos na área social (RODRIGUES, p. 241, 2006).

No contexto de sociedade do perigo, em estado permanente de exceção e, portanto, justificativa da intervenção penal, os direitos e garantias fundamentais são relativizados em prol de uma ideia de segurança coletiva, brotando autoritarismo para cumprir a lei e a ordem vigente. Há, também, clara identificação dos criminalizados, caracterizando evidente seletividade penal entre quem o poder estatal entende como traficante e usuário (MACHADO, 2017, p. 139).

É a expressão, segundo Da Silva, na verdade, do que a criminologia chama de efficientismo penal, ou seja, quando há um desvirtuamento das finalidades do sistema punitivo, dado que ao invés de garantir e respeitar princípios e objetivos do Estado de Direito, justificam-se meios autoritários para fins severos (guerras às drogas, inimigo, segurança), significando até mesmo que direitos e garantias podem ser sacrificados em prol de uma busca incessante por condenações criminais (DA SILVA, 2020, p. 22).

Na modernidade, ainda, é possível perceber um efficientismo contemporâneo, plenamente identificado na política de droga atual, quando visto a dimensão internacional e globalizada do endurecimento repressivo, seguido de forma homogênea diante da sensação de insegurança social. Desse modo, apresenta Vieira:

Ao que parece, uma legitimação não por questões utilitaristas como ocorrido nos séculos XVIII e XIX, mas pela suposta falta de alternativas eficientes para o problema da criminalidade, o que torna ainda mais perverso seu exercício de poder e revela sua habilidade de autolegitimação através do enorme elemento ideológico que carrega e a necessidade de sua permanência para aqueles usufruem sua real funcionalidade: aprofundar e reproduzir as relações de desigualdade (VIEIRA, 2006, p. 06).

Nesse sentido, a ideia de repressão-prevenção é ainda mais evidente no Estado de exceção moderno e na atual Lei de Drogas, o qual utiliza o direito penal como um braço de controle social indiscriminado, como forma de punição e resposta ao próprio terror social criado.

Para Ribeiro, no que tange ao usuário, foco do tema, há de fato um avanço em termos de política criminal, visto que a nova codificação despenalizou a conduta, não mais cabendo pena de prisão ao indivíduo que porta droga para o seu consumo pessoal. Inegável papel também que a Constituição de 1988 e os princípios da lesividade, autodeterminação, dignidade da pessoa humana foram essenciais para despenalização (RIBEIRO, 2013, p. 72).

Nesse contexto, fala-se, pela primeira vez, de um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, interligando Estados, Municípios e o Distrito Federal, além da incrementação e participação do Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Importante planejamento social anteriormente desconhecido pela legislação de 76, em que pese já apresentar o usuário como um problema de saúde, não potencializava à discussão à rede pública, ou seja, não fomentava ações e iniciativas por parte do Estado em relação ao dependente. Pode-se falar, por exemplo de uma rede nacional de Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) com financiamento federal.

Não há dúvidas o legislador na Lei n. 11.343/2006 parece explicitar um tratamento à questão mais vinculado aos direitos fundamentais da pessoa humana. Isso pode ser visto com as disposições dos princípios que regulam o chamado Sistema Nacional de Políticas Públicas de Drogas (SISNAD), que se baseia no respeito, mormente, à autonomia, liberdade, diversidade e especificidades populacionais existentes (conforme, art. 4º, incisos I e II da referida lei)

Todavia, mesmo com a despenalização do art.28, os números demonstram um aumento do número de presos por tráfico e um declínio de apreensão de usuários. Do ano de 2005, em média, 8,7% presos estavam encarcerados por incidência da Lei de Drogas de 76, em 2017, em mais uma coletânea de dados pelo G1 (2017), ou seja, mais de 10 (dez) anos depois, o número de presos, com o advento da nova Lei de Drogas, o percentual saltou para 32,6%.

O percentual poderia, ainda, ser mais alto do que já se demonstra, uma vez que a pesquisa tratou apenas de 22 (vinte e dois) estados, sendo números não disponibilizados pelos estados de Alagoas, Bahia, Pernambuco, Piauí e Rio de Janeiro.

Em levantamento realizado pelo G1 (2017), levando em conta os dados disponibilizados pelos tribunais de justiça e governos estaduais, quando a Lei 11.343 começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Em 2013, esse número passou para 138.366. No ano de 2017, já passou para 182.779.

O percentual poderia, ainda, ser mais alto do que já se demonstra, uma vez que a pesquisa tratou apenas de 22 (vinte e dois) estados, sendo números não disponibilizados pelos estados de Alagoas, Bahia, Pernambuco, Piauí e Rio de Janeiro.

Como já exposto, o aumento da pena, a valoração de mais condutas dentro da política nacional de combate às drogas, assim como a imputação de leis extravagantes mais penalizadoras fomentadas pela modernidade do perigo abstrato, conduziram a superlotação em presídios.

A política-criminal da Lei 6.368/76 deu solo fértil para a Lei 11.343/06, podendo ser possível visualizar que a fomentação legislativa desencadeou a política de repressão integrada (planos legislativo, executivo e judiciário), na compactação de sustentáculos proibicionistas e de repressão sistemática em face de um discurso de guerra às drogas, em uma cadeia sem fim de punições e aumento da criminalidade, como aponta o professor Salo (CARVALHO, 2016, p. 81).

Dessa forma, para Rodrigues, talvez o único benefício do proibicionismo na matéria seja a comprovação que não há como extinguir venda e uso de drogas da população através de um controle penal, assim como a pretensão de uniformizá-lo, mostra-se inútil, haja vista a inobservância das diferenças culturais, econômicas e regionais da população (RODRIGUES, 2006, p. 241).

Portanto, em que pese a nova lei de entorpecentes, a princípio, tenha se apresentado como um avanço, à luz da integração do sistema de saúde, social, em nível nacional, assim como atenta aos direitos e garantias individuais, sua aplicação no plano concreto mostrou que seu objetivo somente atingiu a inútil repressão, aprisionamento em massa e (des)controle.

Isso porque suas raízes culminam de um eficientismo penal que desconhece garantias constitucionais, em prol de uma agenda abstrata de perigo causada pela *cannabis* como um inimigo e como um perigo à saúde, desassociada de plausibilidade jurídica-social e pautada em moralismos e discursos hegemônicos.

Além disso, a despenalização do art. 28 escancarou a realidade da desigualdade social e a seletividade penal encrostada na política criminal brasileira, como meio de controle e coerção das camadas mais pobres, haja vista que o aprisionamento por traficância tem cor, endereço e classe social, como será debatido a seguir.

### **3.2 Posse e plantio da cannabis: análise da conduta de criminalização seletiva do art. 28 e seu parágrafo 1º**

Sabe-se que a Lei nº 11.343/ 2006, assim como a legislação anterior, não define quais substâncias podem preencher, sendo classificada, portanto, como uma norma penal em branco, como preceitua seu art. 66.

Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (BRASIL, 2006).

A definição de normal penal em branco demonstra a insegurança e instabilidade da intervenção penal, pois necessita ser complementada por norma específica, originária de órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas, que, por ora, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (NUCCI, 2014, p. 285).

É na Portaria SVS/MS nº 348/98 que *Cannabis sativum* (maconha) é classificada como planta que pode originar substância entorpecentes e/ou psicotrópicas.

Portanto, a conduta de portar ou plantar maconha, ainda que de forma pessoal, ou seja, desassociado da traficância da substância, de acordo com o art.28, e art. art.28, parágrafo 1º, é crime no Brasil, em que pese não possuir caráter de pena privativa de liberdade., sendo imposto pelo legislador a

advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2016).

Necessário apontar que, ainda na legislação da década de 70, o porte e plantio da *cannabis* era criminalizado. No entanto, com a nova Lei de Drogas, a pena de prisão foi extinta, devendo o consumidor pessoal cumprir, singularmente ou de forma coletiva, os encargos legais acima.

O § 2º do art.28 exemplifica quais seriam os critérios objetivos para diferenciar o traficante e o usuário, a fim de que seja aplicada a punição adequada, devendo ser analisado pelo juiz se o consumo serviria à individualidade, nos seguintes termos:

§ 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, 2016).

Percebe-se que os critérios são abstratos e de pouca concretude daquele magistrado, longe da concretude de uma conduta que pode significar uma pena base de no mínimo 5 (cinco) anos, caso o indivíduo seja enquadrado no art.33 da Lei de Drogas, equiparado, inclusive, a crime hediondo, o que gera mais controle na própria execução penal.

Nessa horizonte Machado aponta que as expressões utilizadas como descritos da conduta, na verdade, escancaram a seletividade penal de quem será visto como traficante na sociedade: o pobre, jovem e negro, mesmo com quantidades ínfimas, ainda que de uso próprio, sendo enquadrado como traficante (MACHADO, 2010, p. 1101). Vejamos:

Quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre se elaborada a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela. Em consequência disso, muitas pessoas imaginam que o tráfico de drogas está situado nos locais onde estes jovens moram, ou seja, o tráfico se localiza em favelas, nas periferias ou em bairros considerados “carentes”. Essa figura, amplamente divulgada pela mídia, é vista como um sujeito frio, destemido, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte do “crime organizado” (MACHADO, 2010, p. 1104).

A conduta do uso pessoal, portanto, torna-se uma refém do endereço, da cor, da situação econômica do indivíduo que, ao ser abordado pelos policiais, será preso em flagrante, se lido como traficante, ou será encaminhado à Delegacia para realizar o Termo Circunstanciado, se lido como usuário pessoal. De todo modo, terá o seu destino encaminhado pelo delegado de polícia, antes mesmo da apreciação do magistrado.

Os números expostos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em 2018, de Relatório Final em relação às pesquisas sobre as sentenças judiciais em face do tráfico de drogas na capital e região metropolitana, tendo como base sentenças condenatórias e absolutórias, entre agosto de 2014 e janeiro de 2016.

Em porcentagens alarmantes, o relatório demonstrou que os requisitos do art. 28, § 2º, são massivamente condicionados ao local da moradia do réu para o enquadramento como traficante: em 65,84% das sentenças, os juízes consideraram a favela como ambiente de venda de drogas.

Ainda, de acordo com pesquisa realizada em 2020 pelo Instituto Locomotiva, 4 entre 10 brasileiros moradores de periferia relatam já terem passado por situação de violência policial em abordagem. Entre eles, 50% são negros e 37% são considerados da classe CDE.

Mostra-se nítido que, o privilégio de utilizar a *cannabis* e não ser enquadrado como traficante recai sobre uma população restrita e distante da vulnerabilidade socioeconômica da maioria dos condenados pelo art.33, ao passo que publiciza o preconceito, subjetividade e problemática da não diferenciação das duas condutas típicas.

Como explica Salo de Carvalho (2016), o dolo do consumo pessoal do entorpecente exige o fim do uso próprio para restar configurado, enquanto o tráfico de drogas sequer exige a o dolo da efetiva comercialização do silício, ou a demonstração da mercancia tenha sido efetivada.

Portanto, para Dinu e De Mello, a posse e o plantio da maconha necessariamente exigem a demonstração do dolo do consumo, enquanto a traficância não exige um fim em si. Logo, os critérios a serem utilizados pelo juízo presentes no art.28, §2º, acabam tomando um espaço alargado na valoração da conduta, tangenciando uma espécie de responsabilização penal objetiva, como explica (DINU, DE MELLO, 2017). Assim discorre:

Além dos critérios indicados pelo art. 28, §2º, da Lei nº 11.343/06, o principal ponto diferenciador da condição de usuário seria o especial fim de agir para consumo pessoal, tal qual indicado no art. 28, *caput*, do referido diploma. A questão que se impõe é que, diferentemente do dispositivo que incrimina o usuário, o artigo referente às condutas de tráfico não indica o chamado dolo específico. Essa situação, além de conferir a mesma punição para várias situações intermediárias entre o consumidor e o traficante atacadista, abre mais uma janela para o excesso punitivo, em total contrariedade ao princípio do *in dubio pro reo* (DINU, DE MELLO, 2017).

Esse é um dos pontos também criticados pelo professor Salo de Carvalho (2016), quando aponta que para além do dolo pessoal de consumo, os requisitos criados pelo § 2º do art. 28, criam barreiras objetivas que dificultam a essência subjetiva do fato típico. Isso derivaria, principalmente, de uma necessidade ilusória positivista da legislação e dos Tribunais em busca da distante segurança jurídica.

A receita que mistura a confusão do dolo entre os verbos nucleares do art. 33 com o art. 28, aliado ao objetivismo sistemático exacerbado, que desconhece o dolo subjetivo presente na tipicidade, além da seletividade penal, em seu produto, oferece o super encarceramento em massa de uma população historicamente vulnerável: pretos, pobres e periféricos.

A consolidação de um sujeito de direitos passa pela teorização do etiquetamento social (*labeling approach*), pois a etiqueta da criminalidade recai pelas instituições estatais, como polícia, ministério público e magistrados, somente para aqueles aptos a receberem, de acordo com sua posição social, o rótulo de criminoso, como aponta o escritor Hassamer (HASSAMER, 2005).

Nesse caso, não há imparcialidade interpretativa art. 28, § 2º, ou seja, da conduta do usuário de drogas ao ser auferida no caso concreto. A liberdade e garantias de um sujeito de direito em um Estado Democrático já tem seu escolhido, duas ações identificadas, socialmente, têm reflexos distintos: ao branco de classe média/alta, resta advertência policial, ao preto da periferia abordado em atitude suspeita, resta, na maioria das vezes, uma condenação penal e uma etiqueta de delinquente.

Não há, nesse cenário, a dúvida do processo penal sequer mostra-se como uma opção de absolvição para um negro que mora na periferia e é flagrado com maconha, pois estatisticamente sua conduta terá maior probabilidade de ser enquadrada como tráfico, pois ao ser tarjado como inimigo, perigoso, o traficante,

ou melhor quem ele representa, torna-se alvo do controle penal e do estado de exceção.

Diante da incerteza e da massa cinzenta provocada pela legislação, é inegável a necessidade que os magistrados busquem, através de princípios como da lesividade, proporcionalidade e razoabilidade, uma leitura concreta, a fim de que sejam evitadas penas desrazoáveis e desvirtuadas.

Para além disso, faz-se necessário o questionamento para quem, efetivamente, serve sustentar a criminalização do consumo pessoal de entorpecentes, principalmente da *cannabis*, considerando que a política criminal proposta em princípios e objetivos demonstrado pela Lei de Drogas e na política de Segurança Pública de repressão e prevenção: aumento exponencial da população carcerária e criação de classe marginalizadas.

### **3.3 Cannabis e o bem da saúde pública**

De acordo com III Levantamento Nacional sobre Uso de Drogas pela população brasileiro, realizado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), divulgado em 2017, a *cannabis* representa a substância ilícita mais usada no país, com cerca de 7,7% de consumidores, em um espaço amostral de brasileiros entre 12 e 65 anos.

Os números do consumo demonstram que a política proibicionista de repressão e prevenção pretendida pela Lei de Drogas não atingiu o fim esperado, considerando o crescente aumento da população carcerária, bem como do consumo de entorpecentes na sociedade, como anteriormente debatido.

A justificativa para criminalização da maconha em uso individual depreende-se, de forma ampla, a idêntica postura adotada pela jurisprudência e doutrina penal para outros entorpecentes, qual seja: o uso pessoal da substância atinge à saúde da coletividade, o que justifica a criminalização diante do risco criado.

Deste modo, à luz do funcionalismo penal de Claus Roxin, como já demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, o bem jurídico tutelado e protegido pelo legislador, neste caso, seria à saúde da pública, ou seja, a *cannabis* consumida de forma pessoal atingiria para além da sua individualidade

do usuário, devendo o direito penal interferir e resguardar a sociedade. Nesse caminho apresenta Pierangeli e Zaffaroni:

Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2007, p. 399).

Nesse cenário, indica Abreu e Santos que após a Constituição de 1988, consagra-se uma leitura democrática do processo penal: os princípios consagrados na Carta Magna, seja de forma explícita, seja implícita, condicionam a aplicação do direito penal, não mais lido de forma rígida, inflexível e de conceitos reclusos à dinâmica e transformação social (ABREU E SANTOS, 2013, p. 6).

O neoconstitucionalismo, então, impõe a caracterização de valores éticos nas normas, as quais não mais interessam uma leitura fria e dogmática, quando compreendido que o necessário à justiça ultrapassa o caráter vinculador normativo e positivado. Dita Abreu e Santos:

Pode-se pensar (ou sonhar), portanto, com um Direito Penal Constitucional, formado pela união harmônica de valores, princípios e regras abrigados na Constituição e, assim, de superior hierarquia (formal e material), os quais garantiriam uma compreensão democrática do Direito Penal. A carga normativa das normas penais previstas na Constituição Federal atuaria como um limite necessário ao legislador e ao intérprete, quando da seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes ou quando da análise da necessidade da tutela penal (ABREU, SANTOS, 2013, p. 7).

O direito penal pós redemocratização passa a ser interpretado sob o manto dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e alteridade. Nesse sentido, os bens jurídicos resguardados pela lei, necessariamente, precisam estar em harmonia com a nova ordem jurídico-normativa constitucional. Desse modo, propõe Da Silva:

Diante disso, pode-se afirmar que o bem jurídico-penal constitui-se como limite e, simultaneamente, fundamento para a intervenção penal. Portanto, a concepção e definição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e limite da legitimidade do Direito Penal (DA SILVA, 2013, p. 74).

Desse modo, a Lei de Drogas tem como pretensão bem jurídico resguardado a saúde da coletividade, ou seja, a justificativa para criminalizar o uso e o plantio pessoal da maconha tem como base a saúde pública.

O doutrinador Fernando Capez (2009) justifica que o interesse aqui é da coletividade, não do usuário, pois o que se pretende coibir é o perigo de circulação da substância, não a sua detenção para uso próprio, inclusive em suposto respeito ao princípio da alteridade.

No entanto, a razão utilizada, qual seja, o pretensão resguardo coletivo da circulação da maconha, se perde na própria ânsia punitivista, haja vista que o tipo penal do art.28 se restringe somente a criminalização conduta individual, não há, sequer menção acerca da coletividade.

A interpretação, segundo Karam (1999, p.126), deriva de uma expansibilidade do perigo errônea e incoerente, uma vez que a legislação pretende criminalizar a conduta de uso pessoal, não devendo a saúde de terceiros interferirem na tipificação penal, justamente por desviar-se do bem jurídico tutelado, tornando o fato atípico. Vejamos:

A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio e o oposto de 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 (KARAM, 1999, p. 127).

Há falhas lógicas na justificativa da manutenção da criminalização da maconha pelo resguardo da saúde coletiva, quando, efetivamente, nega-se a liberdade individual, à intimidade e a própria autolesão, princípios concretamente constitucionais, para com blindar o discurso vazio e abstrato de proteção à sociedade.

Os autores Coelho e Souza (2017) explicam que para o paternalismo jurídico-penal, ainda que seja justificada a intervenção do direito penal na intimidade do indivíduo, não se pode concordar que o usuário seja criminalizado, exercendo sua autonomia - princípio da alteridade - devendo ser respeitado e excluído de qualquer tutela punitivista expansiva.

Outro aspecto importante a ser debatido, ainda dentro da discussão acerca do uso da *cannabis* e saúde pública, emerge dos recentes Salvo-

Condutos concedidos pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto pela Quinta Turma, como pela Sexta Turma, reconhecidos como paradigmas.

Isso porque, em junho de 2022, a Sexta Turma, por unanimidade, no RHC 147169/SP, concedeu Salvo-Conduto para pacientes cultivarem a *cannabis* com fins medicinais. Em suma, foi permitido 15 mudas de *cannabis* sativa a cada 3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente.

Na mesma linha, entendeu a Quinta Turma do STJ, de maneira unânime, unificando entendimento sobre a possibilidade do cultivo para fins medicinais, em novembro de 2022, no HC 779.289/DF, superando inclusive entendimento que entendia pela não possibilidade da concessão, haja vista competência da ANVISA acerca da matéria.

Ambas as decisões, para justificar a atipicidade, do art.28, parágrafo 1º, e, conseqüentemente, a concessão do Salvo-Conduto, sustentam que como a maconha estaria sendo utilizada como tratamento de saúde, não haveria o risco ao bem jurídico tutelado, pelo contrário, haveria preponderância ao direito à saúde daqueles pacientes/usuários. Vejamos:

Especificamente, as normas incriminadoras procuram tutelar a saúde pública da coletividade, risco esse que não se verifica nos casos em que a medicina prescreve as mesmas plantas psicotrópicas para fins de tratamento (RHC n. 147.169/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)  
Trazendo o exame da matéria mais especificamente para o direito penal, tem-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da *Cannabis sativa*. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população (HC n. 779.289/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022).

Em que pese acertada decisão desta Corte de Justiça, a fundamentação traz ainda mais incoerência da criminalização da maconha para uso recreativo. Ora, se o legislador quis tipificar o uso pessoal, não em desrespeito ao princípio da alteridade e a liberdade individual, mas para resguardar a saúde da coletividade, que somente com a presença da planta estaria sendo afetada, qual a garantia concreta que a cultivo e extração, mesmo com a destinação final medicinal, de igual modo, não estaria afetando a saúde coletiva?

Nesse interim, para Onofre, há clara incongruência na argumentação da criminalização do uso pessoal da maconha em face do princípio da lesividade. Ora, se o fim de agir da intervenção penal está no dolo do consumo próprio, a única potencialidade somente poderia atingir consumidor. Logo, há crime na autolesão, o que vai em total desarmonia com os princípios de um Estado Democrático de Direito, pois desvirtua o direito penal do fato para um direito penal do autor, punido o seu ser, sua autodeterminação, sua expressão à coletividade (ONOFRE, 2016, p. 34).

Essa lógica estadista que não criminaliza algumas condutas, como uso de álcool e tabaco justamente pela autonomia humana, mas pune outras em relação ao ser, demonstra o caráter moralista e preconceituoso no discurso proibicionista da maconha.

Se há de fato, uma preponderância ao direito à saúde em face do art.28, em que local fica a preponderância à liberdade individual, o direito à intimidade e a tutelada de bens jurídicos indispensável quando o usuário pessoal da *cannabis* é criminalizado por portar um baseado, ou mais grave, quando é preso e catalogado como traficante por ínfimas gramas de maconha?

A justificativa permeia presunções imaginárias de maior periculosidade da planta e suas consequências, se comparado com o álcool e tabaco, por exemplo, o que não é legalmente nem socialmente possível de prevenção. O que as diferenciam, em concreto, é que a política proibicionista adotada para o uso da maconha, por escolha de política-criminal evidenciada estigmatizações negativas desassociadas à riscos concretos. Nessa trilha apresenta Onofre:

Inadequado é punir-se uma conduta pela criação, imaginação. Pois, assim, está-se criminalizando o sujeito pelo que ele é, ou seja, em um verdadeiro direito penal do autor. E não pelo correto direito penal do fato, já que não há fato a ser observado, mas apenas exercícios de futurologia (ONOFRE, 2016, p. 41).

Não é razoável e proporcional que se queira proteger um bem jurídico, nesse caso a saúde da coletividade pública, em face de uma presunção, abstrato de risco e de perigo, criminalizando, em contrapartida, uma conduta pessoal que somente poderia gerar lesão ao indivíduo ator da ação, em interpretação extensiva desleal.

Não há, nesse sentido, qualquer compatibilização de presunção de perigo a terceiros. É ilógico, descabido, à luz do princípio da lesividade, querer condicionar uma presunção de perigo com uma conduta de esfera estritamente individual. Pune-se o usuário pelo que é (inimigo, delinquente), não pelo perigo à saúde pública.

Diante do exposto, a narrativa de vilã protagonizada pela maconha em proteção à saúde pública se mostra frágil e incapaz de, concretamente, demonstrar o perigo necessário em um juízo de ponderação, apta em criminalizá-la, principalmente em leitura da teoria da imputação objetiva, caráter basilar da tipicidade aqui debatida.

Por isso, faz-se necessário compreender o que é o que é um crime de perigo abstrato, seu surgimento e sua funcionalidade para o direito penal, dado que o art.28 da Lei de Drogas assim é classificado, para além disso, considerarmos os seus limites legais dentro de um Estado Democrático do Direito, a fim de evitar arbitrariedades e excessos da máquina punitivista.

Até porque, a conduta do uso pessoal da *cannabis* sustenta sua criminalização no perigo à saúde social. Logo, devemos nos questionar se essa conduta, à luz dos critérios da teoria da imputação objetiva, está amplamente amparada na criação de um risco não permitido e suas consequências, como discutiremos a seguir.

#### 4 CRIME DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O art. 28 da Lei de Drogas é interpretado pela doutrina e pela jurisprudência como crime de perigo abstrato, pois em sua consumação não seria necessário o perigo concreto, assim, sua exteriorização não enseja a criação de um resultado naturalístico. Assim, a posse de algumas gramas de *cannabis*, para uso pessoal, mesmo sem danos efetivos a terceiros, já seria uma situação considerada de grave ameaça à saúde pública.

No contexto moderno e globalizado, percebe-se, em relação à intervenção estatal, uma política voltada ao punitivismo para esse tipo penal. Assim, ele tomou amplo espaço na política adotada pelo legislador, com o pretexto de amenizar o futuro desconhecido e as inseguranças diante das transformações exponenciais tecnológicas.

Ao tutelar “segurança da sociedade” ou “saúde da coletividade”, como bens jurídicos, a legislação atual alarga, para além dos princípios constitucionais (privacidade, intimidade, autodeterminação e lesividade) a tutela penal. Dessa maneira, a ideia da *ultima ratio* é desconsiderada nesses casos, desencadeando políticas de hiperencarceramento e de seletividade penal, desconstruindo-se com os próprios princípios e objetivos da Lei nº 11.343/2006.

Diante da inegável ineficiência da interpretação do artigo estudado, faz-se necessário analisarmos, à luz da teoria da imputação objetiva, se seria possível encontrarmos a evidente criação de um risco não permitido pelo usuário de maconha em face da saúde pública. O que é chamado de leitura *ex ante* dos crimes de perigo abstrato, pois, ao quando ausente, não haveria que se falar em tipicidade do porte pessoal da *cannabis* pelo legislador.

Até porque, a Corte Suprema, atualmente, discute a descriminalização do uso pessoal da maconha, através do Recurso Extraordinário nº 635.659/RJ, que, no entanto, encontra-se estacionado desde 2015. Dessa forma, não restam dúvidas que a discussão em torno da ação de perigo abstrato é latente e necessária, sendo essencial analisarmos os votos até então computados, a fim de entendermos como o Poder Judiciário compreende a (a)tipicidade da conduta do usuário de maconha.

#### 4.1 Definição de crime de perigo abstrato

Como visto no capítulo anterior, o crime da posse e plantio para uso da *cannabis* é catalogado pela doutrina e jurisprudência nacional como um crime formal, ou seja, sua conduta não exige um resultado, a própria realização da descrição pelo núcleo do tipo, por si só, já pode promover a criminalização da conduta (resta criminalizada).

Nesse ensejo, surge o questionamento acerca da necessidade interpretativa da norma penal, à luz do funcionalismo roxiniano. Também, questiona-se a respeito da constitucionalização dos princípios penais, após a redemocratização: se a posse e o plantio da maconha pessoal não exigem um fim naturalístico, qual bem jurídico efetivamente está sendo maculado para justificar a intervenção do direito penal?

A questão pretende ser respondida pelo estudo do que vem a ser o chamado crime de perigo abstrato, classificação na qual a conduta do art. 28 da Lei de Drogas é enquadrada. Esse tipo penal, diferente do crime de perigo concreto, não exige que, concretamente, a saúde da coletividade seja atingida pelo consumo da *cannabis*, basta a presunção que o seu assim trará.

Percebe-se que o crime perigo abstrato não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Diferente do crime de dano, Nucci aponta que necessita da efetiva lesão ao bem jurídico para sua configuração. Assim, no crime de perigo abstrato, a sua periculosidade é presumida (NUCCI, 2014, p. 287). Nesse sentido, faz-se necessário compreender, historicamente, o surgimento dessa classificação e sua relação com o bem jurídico, sobretudo, em face da posse e plantio da erva.

Um grande marco teórico para BECK (1998), responsável pela gênese da sociedade de risco, se deu com no fim do século XIX e início do século XX, quando modelo de industrialização, novas tecnologias e os incrementos globalizados possibilitaram o surgimento de perigos globais antes desconhecidos – como a poluição ambiental, crimes cibernéticos, momento que o autor referido denomina como “modernidade reflexiva”.

Supera-se uma ideia de modernidade tradicional, capaz de prever, controlar e gerenciar danos e riscos específicos, dentro de fronteiras. Isso porque, nessa nova realidade, o que antes era restrito a riscos pontuais,

geográficos e controláveis, tomam proporções inatingíveis e incalculáveis do ponto de vista natural, social e econômico.

A sociedade moderna reflexiva passou a se preocupar com sua própria sombra, haja vista o avanço tecnológico e transformação social em progressão geométrica, gerando, inevitavelmente, uma sensação de insegurança generalizada pela ânsia e o perigo do desconhecido.

Na sociedade global de risco, como denominam Pinheiro e Machado (2018, p. 4), há uma democratização dos danos e dos riscos, na medida em que todos, simultaneamente, compartilham dos terrores da “modernidade da modernidade”, sendo necessário, desde logo, instrumentos de controle lido como capaz de resguardar, gerir e garantir uma sensação de segurança e estabilidade.

Um desses instrumentos municiados pelo Estado e que aqui nos cabe é o Direito Penal, o qual é reestruturado em expansão coercitiva e de controle para corresponder à aflição da sociedade do perigo. Tudo isso, a fim de que a criminalização pudesse oferecer uma resposta à comunidade e frear ou, ao menos, amenizar o constante terror do presente ao futuro próximo.

Nessa linha, Hassemer declina que para a chamada “criminalidade moderna”, alvo do poderio estatal, algumas características comuns aos delitos são perceptíveis, principalmente diante do seu caráter globalizado, sendo elas: a ausência de vítima discriminadas, em regra, o Estado se apresenta como sujeito passivo; os danos causados, são, em maiorias imperceptíveis; novo *modus operandi*, em que dificilmente deixará “sangue”. (HASSEMER, 1994, p. 44-45).

Evidente exemplo dessa nova modalidade de crime é vista no próprio art. 28 da Lei de Drogas, objeto em estudo, uma vez que a vítima seria a sociedade, ou melhor, sua saúde e o dano seriam presumido. Na verdade, sequer tal dano é requerido, basta a simples presunção que ele ocorrerá, pois não necessita da materialidade da conduta concreta, basta presunção formal.

A ideia de causa e consequência, conhecida como nexa causal, de um Direito Penal clássico é redimensionada diante de novos riscos que se afastam casualmente no espaço e tempo. O fato produtor de risco e sua concretização não estão imediatamente conectados, isso se caso, de fato, ocorrer, o que

também não se mostra necessário ao crime de perigo abstrato, conforme o professor Baptista (BAPTISTA, 2016, p. 73).

Em caminho elucidativo, basta o porte ou o plantio da maconha ocorrer, ou seja, a conduta ser exteriorizada para que o tipo incriminador surja, não sendo necessário demonstrar que concretamente houve dano à saúde coletiva (bem jurídico), pois isso, por si só, é deduzido e apto à intervenção punitivista.

Outra característica peculiar aos crimes da sociedade do risco é a internacionalização da agenda, neste caso, da política proibicionista às drogas, a qual o Brasil integrou na década de 70, como já debatido.

Isso porque, com a quebra de fronteiras físicas e a os efeitos da globalização, os perigos tomam forma onipresentes, o que, inevitavelmente, faz com que os países façam uma leitura homogênea da política criminal adotada, desconhecendo peculiaridades e individualidades, em prol um combate massificado: repressão/prevenção, no caso das drogas. Conforme apresenta Barbosa:

Há uma quebra da concepção local nacional, na medida em que, a sociedade mundial toma consciência da sua complexidade organizativa reconhecendo que os novos riscos não permaneceram vinculados ao lugar e ao tempo do seu surgimento (BARBOSA, 2012, p. 33).

Dessa forma, os crimes de perigo abstratos ganham valorização universal, em busca da pretensa proteção de bens jurídicos coletivizados. Hassamer (1994), classifica a nova modulação de delitos abstratos como mero ato proibido indicado pelo legislador, pouco importando a efetiva lesão à coletividade.

Nesse sentido, basta então, somente, que o indivíduo carregue algumas gramas de maconha no bolso para cometer um crime em flagrante. A partir daí, terá ele dois destinos, ou melhor, se não enquadrar características marginalizadas, quais sejam, morador de periferia, de baixa escolaridade e preto, tem altas chances de ser apenas usuário de drogas e sofrer uma advertência, se não, a probabilidade de ser enquadrado como traficante e encarcerado por, no mínimo, 5 (cinco) anos é estatisticamente mais provável.

Essa realidade fática aponta a fragilidade nos crimes de perigo abstrato e, principalmente, o caráter repressivo e extrapolador do legislador, ao tipificar o usuário da *cannabis* com discurso sanitarista estigmatizado e controlado pela

moral, em descompensação corrigir com o próprio princípio da autodeterminação.

Mesmo em convivência com a modernidade da modernidade, La Vega (2007) sustenta que o legislador deverá buscar tantos limites positivos, quantos negativos em sua ação. No que tange aos positivos, seria possível encontrar nos princípios constitucionais, já que nem toda conduta eticamente desaprovada, gera dano à terceiros, devendo ser controlada pelo direito punitivo. Em relação aos negativos, a superação de conceitos puramente ontológicos em face da apreciação de políticas públicas, ao ser reconhecida a subsidiariedade do direito penal.

Não há dúvidas que o direito penal, intrinsecamente, se modificou com a transformação social e tecnológica advindas globalizações, assim como é inegável que novos tipos penais, antes desconhecidos surgiram, tal qual outros anteriormente tutelados, passarão ao esquecimento, pois essa mudança é inerente ao dinamismo da conexão integral. Dessa maneira, introduz Barbosa:

Nesse processo, as novas criminalizações não decorrem apenas da expansão do Direito penal em direção aos bens jurídicos penais supraindividuais, ele decorre também de uma antecipação da proibição penal através da formulação de novos crimes de perigo abstrato. Nesse processo, as novas criminalizações não decorrem apenas da expansão do Direito penal em direção aos bens jurídicos penais supraindividuais, ele decorre também de uma antecipação da proibição penal através da formulação de novos crimes de perigo abstrato (BARBOSA, 2012, p. 111).

Dessa forma, a *ultima ratio* da intervenção gravosa é relativizada por um discurso de segurança e proteção que no final do dia, não é capaz de frear a criminalidade moderna, na verdade cria-se uma cascata de delitos em face de liberdades individuais, potencializa-se a pena-prisão, tornado o sistema carcerário insustentável e estigmatiza-se uma população vulnerável ao privilegiar classes na justiça criminal.

Conforme Barbosa, aqui não se sustenta uma abolição dos crimes de perigo abstrato ou sua culpabilização aos percalços da política criminal. O cerne da questão não é esse, até porque esse tipo de delito, por mais que em menor escala, sempre foi palco de estudos e imputações na dogmática penal (BARBOSA, 2012, p. 126).

No entanto, a modernidade, cristalizada em uma sociedade de riscos, expandiu e cobrou um direito penal intervencionista que o desvio da mínima intervenção, ao passo que legalizou um arbitramento preventivo das liberdades.

. Ora, se a conduta de presunção de risco ao bem jurídico basta para o *Jus puniendi*, quais os limites que deverão ser resguardados pelo legislador, a fim de evitar um direito penal arbitrário e totalitário?

É através dos princípios e da teoria da imputação objetiva, que se busca investigar não só a legalidade do art.28 da Lei de Drogas, mas se sua vigência, diante da sociedade atual, faz sentido, dando frutos benéficos aos usuários de drogas e a própria comunidade que está inserida.

#### **4.2 Leitura da imputação objetiva: ex ante do plantio e posse da maconha**

As explanações acerca dos alicerces da teoria da imputação objetiva de Roxin (2006), introduzidas no primeiro capítulo apontam, em suma, que para uma conduta ser valorada tipicamente, deve: a conduta do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, o risco se realizar no resultado concreto e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.

O autor alemão aponta que para ser configurado crime, conjuntamente, todas as condições previstas devem coexistir no tipo, visto que quando ausente uma dessas características, o fato será atípico.

O enfoque deste trabalho, considerando a classificação do art. 28 da Lei de Drogas, está principalmente interligado à criação de um risco não permitido, ou seja: como o uso e o plantio pessoal e individual da *cannabis* desencadeia uma periculosidade apta e necessária à intervenção do direito penal? Isso porque, como esgotado, a justificativa à criminalização em cheque seria porque o uso, por si só, abalaria a saúde pública.

Essa ideia de periculosidade da conduta extraída pelo legislador, na verdade, deriva de uma das teorias mais utilizadas para justificar a criminalização do perigo abstrato: a teoria da periculosidade geral ou periculosidade como motivo para o legislador, proposta pela professora Mendonza (BUERGO, 2002, p. 47).

Conforme o conceito supracitado, o legislador, ao formular preceitos e tomar por base a periculosidade típica ou geral da conduta, acaba não incluindo o perigo, para configuração típica, no resultado ou como elemento integrante da ação a ser verificada pelo Juiz. O que, concretamente, permite a tipicidade da injustiça, pois basta apenas à verificação da prática da conduta descrita no tipo, independente da capacidade de ser ou não perigosa.

Portanto, a persistência pela criminalização do uso e plantio da *cannabis*, conduta de perigo abstrato, não sustenta-se pois, de fato, gera perigo à saúde da coletividade. Isso porque estamos falando de uma conduta individual, em que o próprio tipo sequer menciona envolvimento de terceiros na ação, o que, no mínimo, extrapola a própria tipificação em uma interpretação extensiva, proibida em um devido processo legal quando assim prejudicar o réu, bem como a valoração da saúde da coletividade poderia incorrer em *bis in idem*, como já demonstrado no capítulo anterior.

Retorna-se à urgente discussão de limitação ao legislador, o qual deverá buscar em princípios e garantias constitucionais, bem como valoração de bens jurídicos inerentes, a régua para adequar a linha tênue que o Direito penal passa a desenhar na modernidade do risco latente. Dessa maneira, diz Roxin:

O legislador não pode penalizar uma conduta apenas porque é indesejável, como pode ocorrer com expressões críticas ao regime, certas formas de conduta sexual desviante ou uso de drogas. Portanto, deve haver limites para o poder punitivo do Estado e, de fato, há que lidar com eles antes que possamos obter consequências concretas (ROXIN, 2005, p. 232).

A Lei de Drogas, em especial o art.28, já exteriorizam, desde da sua vigência, as consequências mencionadas por Roxin (2005) diante da expansibilidade punitivista, sendo não apenas o hiperencarceramento por tráfico de drogas, a criminalização de camadas sociais marginalizadas e a pouca eficiência do sistema de saúde na política de redução, mas sobretudo, a irônica celeuma que pacientes de doenças diversas enfrentam nos Tribunais Superiores para conseguirem autorização da cultura da *cannabis* para fins medicinais.

Há, na verdade, evidente seletividade penal no discurso que alimenta a periculosidade na conduta, punindo de maneira desigual aqueles que integram

o sistema e a justiça criminal, sendo considerado pelo Estado, equivocadamente, como uma política criminal exitosa na guerra às drogas.

Chega-se, portanto, ao questionamento central deste capítulo: como analisar, perceber, identificar se o uso e plantio pessoal e *cannabis* gera perigo à saúde da coletividade, como pretende o legislador ao tipificar o art. 28 da Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006?

A leitura que propomos parte anterior a exteriorização da conduta ou do seu resultado, haja vista a necessária criação de risco não permitido para observar e interpretar e legitimar a criminalização de um crime de perigo abstrato, como meio capaz de evitar expansibilidade arbitrária e autoritárias da intervenção penal.

Para avaliar individualmente, Buergo declina se a conduta é tipicamente relevante e materialmente antinormativa, faz-se necessário validar a ideia da criação de um risco não permitido com a determinação das propriedades objetivas e gerais do comportamento imputável, constituindo uma teoria do tipo objetivo e não primariamente uma questão de imputação de resultados (BUERGO, 2002, p. 72).

Ora, os verbos nucleares da conduta são: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal”, assim como “semeia, cultiva ou colhe”, também para consumo pessoal. É claro, portanto, que há um desvio na justificação do bem jurídico proposto, uma vez que em momento algum, pretende-se proteger terceiros e sua saúde, mas punir a liberdade individual.

Usa-se uma manobra legislativa interpretativa para ratificar a criminalização da autodeterminação do sujeito, que ao fazer uso da *cannabis*, somente põe em risco sua própria saúde e, ainda que imaginariamente, tenha o dolo de prejudicar a saúde de outros, o tipo penal não abarca essa conduta, portanto é materialmente e formalmente atípica. Cita Baptista:

A compreensão dos crimes de perigo abstrato em termos meramente formais, como crimes de perigo presumido ou de desobediência à norma, há de ser abandonada em favor da recuperação hermenêutica do conteúdo de ofensividade material dessa modalidade típica (BAPTISTA, 2016, p. 191).

A doutrina costuma apontar que o legislador poderá interpretar a periculosidade da conduta do em dois momentos, *ex ante* ou *ex post*, na condição de observador imparcial, a fim de atestar se o crime de perigo abstrato é substancialmente típico, e, em caso da conduta de probabilidade de dano não se manifestar, não seria legal sua intervenção.

Aqui iremos nos restringir a interpretação *ex ante* do delito, pois no *ex post* é trabalhado, concretamente, não mais a probabilidade do dano, mas se ele ocorreu ou não ocorreu, sendo mais possível discutir sua provável ou improvável periculosidade. Assim, o juízo *ex post* está fadado a deduzir da ocorrência do dano a existência de perigo e da não ocorrência do dano, a inexistência de perigo (BAPTISTA, 2016, p. 193).

Percebe-se que a realização interpretativa de uma leitura *ex post* o legislador, acabaria desvirtuando a própria essência de um crime de perigo abstrato, haja vista a confusão entre elementos próprios de crimes de perigo concreto. Nessa linha, pensa Dourado:

Não significa estabelecer que a conduta deve ter criado efetivamente um perigo concreto, já que se trata da determinação da periculosidade da ação *ex ante*, e não de uma comprovação *ex post* da produção de um resultado de perigo. Não se confundem, portanto, os delitos de perigo abstrato com os de perigo concreto, pois estes sim exigem a comprovação da imputação objetiva do resultado (DOURADO, 2016, p. 81).

Desse modo, uma interpretação *ex ante* do delito nos crimes abstratos poderia ser um critério objetivo da ponderação e legitimidade da intervenção penal, a fim de que apenas condutas concretamente relevantes sejam penalizadas, além de buscar um viés compatível com os pressupostos e princípios constitucionais em um Estado Democrático de Direito para o *Jus Puniendi*.

É o que Mendoza Buergo (2002) chama de reconstrução interpretativa, quando se coloca o primeiro grau da imputação objetiva, ao realizar-se uma interpretação individual da imputação da própria conduta, com base na criação de um perigo *ex ante* não permitido coberto pela finalidade de proteção do bem jurídico.

Importante destacar que se busca a verificação da real capacidade *ex ante* a ação em ferir a saúde pública, sendo insuficiente a mera periculosidade

geral do art.28 da Lei de Drogas, o que não implica exigir que a conduta tenha realmente criado um perigo específico, pois trata-se de interpretação *ex ante*. Deve ficar claro, portanto, que se propõe a avaliação do perigo de produzir um resultado e não a verificação *ex post* da produção de um resultado de perigo (BUERGO, 2002, p. 76).

Dessa forma, tanto o legislador, quanto o autor, devem ter previsibilidade que portar algumas gramas para consumo pessoal ou plantar algumas mudas de maconha, concretamente, abalariam a saúde coletiva tão drasticamente e insuportavelmente que seria necessário punir o usuário, a fim de cessar dando grave e irremediável ao bem jurídico. Nesse cenário, discorre Buergo:

A punição dos crimes de perigo abstrato interpretados apenas como crimes formais de mera desobediência estaria mais próxima de ser incompatível com os princípios norteadores e limitadores do sistema, do que a proposta aqui apresentada está em aberta contradição com o pressuposto da legítima interpretação da lei (BUERGO, 2002, p. 82).

Destarte, não há razoabilidade em criminalizar uma conduta pessoal, principalmente diante dos princípios da lesividade, autodeterminação e dignidade da pessoa humana, por um bem jurídico alargado que sequer é compatível com o tipo, pois, em uma leitura *ex ante* o uso pessoal da *cannabis* não gera um risco insustentável à saúde de terceiros, não há criação de um risco não permitido com lesividade capaz de justificar a intervenção penal, o que torna o fato atípico.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se debruça acerca do tema inconstitucionalidade da Lei de Drogas, em especial do art. 28, a ser debatido a seguir.

#### **4.3 Descriminalização em debate pelo Supremo: Recurso Extraordinário N° 635.659/SP**

O debate acerca da atipicidade do uso pessoal da *cannabis* já encontra espaço dentro do Supremo Tribunal Federal (STF), desde 2011, quando em Recurso Extraordinário nº 635.659/RJ, quando foi reconhecida a repercussão geral, Tema 506, em 09 de dezembro de 2011. Dessa forma, o recurso continua em julgamento há quase 12 anos, ainda sem resolução.

Importante analisarmos, antes de adentrarmos nos votos dos Ministros, o caso que movimentou a Suprema Corte, haja vista que sua posição é sintomática com a realidade que assola a Lei de Drogas, ou seja, pequenas quantidades que criminalizam, visto que 13,9% dos indivíduos do estado de Brasília e Rio de Janeiro, entre março de 2008 e julho de 2009, foram condenados por possuírem entre 1 (um) a 10 (dez) gramas de substância ilícita, como traficantes, como pesquisa proposta por Machado (MACHADO, 2019, p. 1106).

O caso que chegou ao STF pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, quando o réu Francisco, foi denunciado no art. 28 pelo Ministério Público por portar, para uso pessoal, 3 (três) gramas de maconha, dentro de sua cela, em uma Casa de Detenção em Diadema/SP.

Em linhas gerais, o Recurso Extraordinário utilizou-se de princípios aqui já debatidos, como princípio da lesividade e autodeterminação do indivíduo, além de sustentar a incompatibilidade entre a saúde pública (bem jurídico tutelado), com a ação individual criminaliza pretendida pelo artigo, requerendo a inconstitucionalidade do dispositivo penal.

Nesse sentido, nas linhas do próprio recurso, tem-se que:

À conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tipo criminoso retrata pelo apenas legislador ordinário como o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada "saúde pública" (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 635.659/SP).

Até o presente momento já apresentaram voto o Relator, Ministro Gilmar Mendes, e os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, acerca do debate da descriminalização do uso pessoal de drogas, apresentando pontos de vistas diferentes.

No voto da Relatoria, o Ministro Gilmar Mendes, aborda os crimes de perigo abstrato e seu inevitável conflito com preceitos constitucionais, como o princípio da lesividade, à luz do princípio da proporcionalidade, por exemplo, devendo sua constitucionalidade ser sopesada.

Aponta a incoerência na prática do tratamento de usuários de drogas com a própria política pretendida pela lei, como já exposto, em relação a pretensa inserção do uso pessoal na cadeia de saúde pública, sobretudo porque poucas gramas, dependendo da classe social e da cor, levam o usuário ao crime de tráfico de drogas.

Ademais, o relator provoca tema debatido no capítulo segundo qual seja a seletividade penal das abordagens dos agentes de segurança pública em face de usuários, formando um padrão entre os abordados.

Nesse contexto, explana-se:

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015).

No que tange a pretensa proteção a saúde pública, o Ministro declinou que na própria essência do projeto de Lei que culminou a atual política de drogas, não há menção ao bem jurídico justificado, ou seja, a saúde pública e sua proteção não figura como protagonista sequer na criação da Lei de Drogas.

Considerando tais aspectos, destaca-se:

Como se percebe, não há, na justificativa do Projeto de Lei, nenhuma referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar. Pelo contrário, o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, “uma pessoa com vulnerabilidade”, merecendo, “para si e para a sua família, atenção à saúde e oportunidade de inserção ou reinserção social”, evidencia nítida contrariedade entre meios e fins (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015).

Ao sustentar, por conseguinte, que a criminalização do uso pessoal de drogas fere princípios constitucionais como intimidade, privacidade e autodeterminação em troca de falaciosamente produzir risco não permitido, passível de criminalização, desvirtua os próprios objetivos da Lei do amparo

social na prevenção e saúde do usuário, portanto é manifestamente desrazoável e desproporcional.

Nas linhas do recurso, ressalta-se:

Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015).

Pelas razões expostas, o relator votou pelo provimento do RE, declarando a inconstitucionalidade da criminalização do uso pessoal de entorpecentes (art. 28 da Lei extravagante), além de propor a manutenção das medidas com caráter administrativo, não penal, até que se conceba legislação específica.

Seguindo a colheita de votos, o Ministro Luís Roberto Barroso, em suas exposições para sustentação de voto oral, restringe-se à maconha, considerando o caso concreto, a fim de que não haja interpretações extensivas, o que se mostra um posicionamento mais conversador se comparado com o voto do relator.

Em exposições gerais, o Ministro retorna ao que já foi trabalhado em discussão naquela corte e neste trabalho: o desgaste das guerras às drogas e a incapacidade brasileira de lidar com a realidade posta. Devendo, logo, ser reconhecido o declínio da política criminal replicada há décadas, em que jovens usuários são enquadrados como traficantes por quantidades irrisórias, alimentado o estado inconstitucional de presídios superlotados.

Nas linhas do recurso, enfatiza-se:

A verdade, porém, a triste verdade é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo (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)

A segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio

brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema (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.

Ao propor a terceira de suas razões para a descriminalização da maconha, o Ministro dispôs de um debate que vai de encontro à hipocrisia da proteção à saúde pública. Dado que ao criminalizar a ação do usuário, os próprios princípios do SISNAD que, em tese, preocupam-se com o bem-estar do usuário, acabam inviabilizando o problema com uma sensação de efetividade ao mascarar a real problemática e devida ação Estatal.

Nesse ínterim, temos:

O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Portanto, ao contrário do que muitos creem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública (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)

Do ponto de vista jurídico, o voto reforça os princípios constitucionais já trazidos pelo relator, como a necessidade do resguardo da vida privada e intimidade (art. 5º, X, da CF), a autonomia individual, e a necessidade de uma leitura proporcional e razoável da conduta.

Para além do proposto pelo relator, o Ministro Barroso menciona a necessidade de realizar-se uma diferenciação objetiva entre traficantes e usuários, à luz de países como Uruguai e Espanha, propondo para o caso brasileiro 25 gramas de maconha e 6 plantas fêmeas de maconha. Essa condição, no entanto, poderia ser afastada de acordo com o caso concreto pelo juiz, seja para maior ou para menor quantidade, desde que fundamentado.

Afirmando, em repercussão geral, a seguinte 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).

Por fim, o último voto disponibilizado foi do Ministro Edson Fachin, que de igual modo ao Ministro Barroso, limitou-se ao caso concreto, ou seja, a discussão da descriminalização somente em relação à maconha e inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas.

Apresenta ao plenário à crítica de que a criminalização do uso pessoal da maconha deriva de três vertentes, um perfeccionista, um paternalista e um argumento de defesa da sociedade, todos insustentáveis à luz de Estado Democrático de Direito e de direitos e garantias fundamentais, como preceitua Carlos Santiago Nino.

Na visão perfeccionista, deveria ser superior um argumento moralista, tradicionalista e que desconhecêsse a autodeterminação, as liberdades, intimidade e privacidade do ser humano, não podendo ser tutelada com fim de mortificação do sujeito por um modelo estatal entendido regra e ideal.

Nesse ínterim, temos:

Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Ou seja, os ideais de excelência humana que integram o preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo. Essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito, como soe acontecer nas sociedades liberais (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin).

No argumento paternalista, inclusive conceito trabalhado no capítulo anterior, quando o Estado, com o pretenso fim de proteger os cidadãos dos “males” trazidos pela *cannabis*, justifica a intervenção punitivista e criminalizado. No entanto, não concretiza a promessa e pune com o discurso de proteção.

Desse modo, propõe:

Essa tessitura não busca impor um modelo de vida (supostamente) decente como faz o perfeccionismo, mas sim proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas. No entanto, interroga-se o papel do Estado que, ao buscar proteger seus cidadãos, singra o caminho de reprová-los penalmente (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin).

Por fim, apresenta a proteção da sociedade, aqui também lida como proteção à saúde pública como argumento de necessária criminalização, pois a ação pessoal e individual do uso da maconha, em nada interfere a personalidade alheia, nem a sua saúde:

Vale dizer, o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal. Dessa forma, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros seria insustentável, pois toda e qualquer ação, seja ela privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin).

Ademais, assim como o Relator, menciona o princípio da ofensividade como controlador da constitucionalidade da Lei, assim como limitador da interferência estatal à intimidade e à privacidade. Assim como, ressalta a imprestabilidade da norma criminalizadora sempre coexistir com a efetiva lesão ao bem jurídico, o que não é visto no art.28 da Lei extravagante:

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).

Propõe ainda, conforme o Ministro Barroso, uma diferenciação objetiva da conduta de tráfico e de usuário por parte do legislador, embora não estabeleça esses critérios, *a priori*, como fez o voto anterior aqui exposto:

Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin).

Ao final, o ministro votou, em suma, pela absolvição de Francisco, inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 em relação somente à maconha, mantendo a legislação para as demais drogas e declarou como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante.

Desde então, o Recurso Extraordinário nº 635.659/RJ encontra-se parado, sem previsão da continuação de votação no plenário do Supremo Tribunal Federal, desde 2015.

Após a leitura e reflexão de alguns trechos dos Ministro da Suprema Corte, é possível perceber que a discussão acerca da descriminalização da maconha para uso pessoal já circula e provoca discussões jurídicas, sociais, econômicas e políticas, devendo a sua discussão ser não somente assumida como prioridade do STF, mas do próprio legislativo e sociedade civil.

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, em um primeiro momento, buscou-se compreender os requisitos da teoria da imputação objetiva, proposta pelo jurista alemão Claus Roxin, em um contexto funcionalista penal, em que a intervenção do direito penal deveria restringir-se à bens jurídicos relevantes expostos à riscos concretos.

O modelo proposto pelo professor alemão acrescentou ao direito penal a política criminal e a justiça social, que não estavam atrelados ao fim da pena das teorias do delito anteriores, pois o viés da punição consolidava-se na imposição dos conceitos típicos, independente do caso concreto ou de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade. Portanto, é através da leitura teológica-funcional que a justiça criminal aterrissa e depara-se com a realidade social para além dos códigos frios.

Posteriormente, moveu-se ao encontro da teoria com a atual legislação do art. 28 da Lei de Drogas, a fim de que a reflexão acerca da legalidade da criminalização do usuário de maconha seja compreendida em *lato senso*.

Apresentou-se princípios constitucionais como pressupostos materiais mínimos para uma política criminal do Estado democrático de Direito, tais como: princípio da lesividade, da autodeterminação, da individualidade e da dignidade humana. Visualizou-se que neste momento o direito penal passa por um holofote garantista, invocando o legislador e o julgador a irem além de conceitos ontológicos, petrificados pela tipicidade clássica, nas suas edições de leis e interpretações, buscando-se uma proximidade maior com os fundamentos da referida dignidade.

Isso porque um direito penal dissociado da lesividade e liberdade de autodeterminação, fardariam ao vingativismo arbitrário impositor de um pensamento dominante. A mera justificativa de uma conduta ser recriminada por uma coletividade, carregada de mazelas preconceituosas, diga-se de passagem, não é elemento suficiente para justificar a criminalização. O ser humano, diante da sua dignidade inerente, jamais poderá ser tolhido por imposições ilegítimas moralista, pois se sua conduta em nada interfere justos alheios, não há necessidade de puni-lo, pelo contrário, a diversidade deveria ser exaltada, haja vista que vivemos em um regime democrático.

No entanto, no contexto de sociedade dos riscos, também chamada de modernidade da modernidade, o direito penal acabou assumindo um papel de protetor do futuro incerto. A complexidade globalizada da sociedade, cada vez mais intensa, desencadeou essa ideia de expansibilidade punitivista e proibicionista do direito penal, com intuito imaginário de frear o desconhecido ou de dar continuidade ao controle biopolítico presente das massas ou público-alvo do sistema penal.

Além disso, a problemática desse aumento de bens jurídicos coletivizados e indiscriminados no contexto do risco, como saúde pública e segurança pública, está justamente na arbitrariedade e tolhimento de direitos e garantias fundamentais quando, sequer, no caso concreto, há, de fato, a criação de um risco ao bem tutelado. Assim, por uma ideia utópica e proibicionista de substâncias entorpecentes juridicamente lidas como ilícitas – contidas em uma lista administrativa selecionada de modo político (sem um respaldo científico profundo para se dizer “o porquê de se proibir o quê”) –, garantias e direito fundamentais são penalizados, o ser humano distancia-se da sua autodeterminação e da sua liberdade expressiva.

Ademais, como demonstrado, no caso dos crimes de perigo abstrato, como é a situação do uso e plantio pessoal da maconha, somente a mera presunção, por si só, basta ao legislador para justificar a avalanche do efficientismo penal. O usuário de *cannabis* torna-se um alvo aos olhos da justiça criminal, devendo ser repreendido e penalizado, utilizado como exemplo solucionático ao medo generalizado das drogas, em especial da maconha.

A jurisprudência e doutrina mesmo em face da latente incongruência e incapacidade típica de justificar o crime do uso pessoal, pois o artigo é claro ao limitar-se ao dolo pessoal, expandem o próprio dispositivo em prejuízo, a fim de justificar o injustificável, utilizando-se dos receios da sociedade moderna e encontrando na saúde pública o argumento perfeito para extrapolar a própria legalidade, a fim de perpetuar as justificativas criminalizantes de uma minoria.

Nota-se que a justificativa do legislador lastrou-se na classificação do art. 28 como crime de perigo abstrato, tipificação, cada vez mais, utilizada nas sociedades em que a cultura do medo é difundida. Mas, nesses mesmos espaços, ao final, o que se vê é a perpetuação da real estigmatização e do

preconceito moralista, para não dizer ignorante, em face de uma planta, uma farmacopeia e dos seus usuários, lidos como dependentes criminosos.

Nesse sentido, ainda que a política da Nova Lei de Drogas, em face dos usuários da *cannabis*, seja considerada um marco para política de redução de danos – principalmente com o advento da despenalização da conduta – a repressão e o proibicionismo permanecem como fatores preponderantes e insistentes ao encarceramento em massa, de uma população historicamente marginalizada.

Os números trazidos nesta pesquisa e contextualizados na realidade concreta dos fatos demonstram que existe uma casta social que se beneficia com a despenalização do consumo pessoal, enquanto outra não.

A seletividade penal da suposta guerra às drogas é gritante: ao mais privilegiados, os requisitos vagos do estudado art. 28 encaixam-se em mera advertência verbal; ao pobre, negro e periférico, poucas gramas representam seriamente uma grande chance de condenação por tráfico de drogas, com o mínimo de 5 anos de reclusão.

Frente a isso, reconhece-se, portanto, a dificuldade concreta da interpretação dos crimes de perigo abstrato e sua posterior harmonia com os princípios já percorridos. Assim, pensando-se também em um contexto da sociedade de risco e do expansionismo penal, propôs-se a leitura através da teoria da imputação objetiva em face do uso pessoal da *cannabis*, como parâmetro para analisar a (des)necessidade da interferência punitivista.

Nesse sentido, vislumbrou-se que, ao analisar o primeiro requisito da teoria, qual seja, a criação de um risco não proibido, faz-se necessário interpretar se concretamente, o uso pessoal da planta gera um risco proibido à coletividade, *ex ante*, tendo em vista a saúde pública ser utilizada como justificativa da criminalização.

A leitura *ex ante* nada mais é que refletir, diante da média humana, se aquele indivíduo, ao consumir um cigarro de maconha, concretamente, põs em risco a vida alheia. Caso a resposta seja negativa, não haveria delito. Essa interpretação é fundamental aos crimes de perigo abstrato, principalmente do aqui discutido, pois se não houve risco, a justificativa então vai na contramão de princípios constitucionais e da política criminal preterida pela própria legislação.

A conclusão da interpretação *ex ante* do crime aqui comentado informa que há, na verdade, uma extrapolação do bem jurídico em face da própria tipificação, pois é realizado uma interpretação extensiva; bem como a valoração da saúde da coletividade poderia incorrer em *bis in idem*, visto que se misturaria com o próprio art. 33 da Lei de Drogas, quando desconsideramos o dolo do consumo pessoal e tangenciamos à suposta coletividade lesada.

Desse modo, não surge a criação de um risco não proibido. O injusto material é desconhecido pela própria lógica de imputar pena a quem utiliza de uma substância para resguardar terceiros, sequer conhecidos na ação descrita. Em uma linha comparativa, plantar algumas mudas de maconha ou transportar algumas gramas seria tão perigoso à coletividade quanto andar em uma calçada com uma cerveja ou cigarro na mão. Em ambos os casos, no mínimo, estar-se-ia diante de um mero risco (permitido), haja vista a normalidade da circulação de cidadãos, mas não há a criação de um risco proibido em si, ou seja, há a ausência concreta de periculosidade ao bem jurídico tutelado.

Nesse cenário, a descriminalização que já tramita no Supremo Tribunal Federal, ainda que paralisada, parece ser um resgate e amparo à dignidade da pessoa humana. Embora não solucione a dimensão problemática de uma política de drogas eficientista e punitivista, será capaz de reduzir os impactos da intervenção criminal na vida dos consumidores pessoal, da maneira a resguardar sua autonomia.

Assim, ao caminharmos para a descriminalização de gramas tuteladas pelo Estado, como já defendeu Ministros da Suprema Corte, parece que a política de drogas brasileira começaria ao menos a refletir acerca da legalização a longo prazo. É preciso debates honestos com a sociedade civil e com os próprios princípios e objetivos da Lei n. 11.343/2006, a fim de que soluções para além do endurecimento de penas, encarceramento de populações vulneráveis e preconceitos moralistas, tenha-se finalmente lugar à mesa um debate democrático que contemple as liberdades individuais.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, F. V. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 23, n. 268. p. 9-10, 2015.

BAPTISTA, T. M. B. (2016). **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, MG, Brasil.

BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BASTOS, F. I. P. M., et al. (Org.). **III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2017. 528 p.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BINATI, F. L. **Nova Lei de Drogas dez anos depois: o fracasso óbvio de uma política ultrapassada**. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BRASIL, G1. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas, em 2017**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 24 abr.2023.

BRASIL. Instituto Locomotiva. **ONU: quase 50 milhões de brasileiros dizem ter sofrido constrangimento policial em abordagem policial, em 2020**. Disponível em: <https://ilocomotiva.com.br/clipping/onu-quase-50-milhoes-de-brasileiros-dizem-ter-sofrido-constrangimento-em-abordagem-policial/> . Acesso em: 24 abr.2023.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm). Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Planalto. **Lei nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htmimprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htmimprensa.htm). Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. **Portaria nº 344/98, de 18 de maio de 1998.** Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html). Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 779289/DF.** Penal e processo penal. *Habeas Corpus* preventivo. Utilização do *mandamus* como substituto recursal. Não cabimento. Aferição de eventual flagrante ilegalidade. Pedido de expedição de salvoconduto. Plantio de maconha para fins medicinais. Necessidade de exame na seara administrativa. Possibilidade de obtenção do medicamento na seara cível. Auto-contenção judicial na seara penal. Superação de entendimento. Ausência de regulamentação administrativa. Controvérsia a respeito do órgão competente. Esfera cível. Solução mais onerosa e burocrática. Necessidade de se privilegiar o acesso à saúde. Direito Constitucional à saúde (art. 196 da CF). Repressão ao tráfico (Art. 5º, XLIII, da CF). Necessidade de compatibilização. Lei 11.343/2006 que proíbe apenas o uso indevido e não autorizado. Art. 2º, p, único, da lei de drogas. Possibilidade de a união autorizar o plantio. Tipos penais que trazem elementos normativos. Dignidade da pessoa humana. Prevalência dos direitos fundamentais. Direito à saúde. Benefícios da terapia canábica. Uso medicinal autorizado pela ANVISA. Ausência de violação ao bem jurídico tutelado. Saúde pública não prejudicada pelo uso medicinal da maconha. Ausência de tipicidade material e conglobante. Impossibilidade de se criminalizar quem busca acesso ao direito fundamental à saúde. Importação de sementes. Ausência do princípio ativo. Atipicidade na lei de drogas. Possibilidade de tipificar o crime de contrabando. Ausência de tipicidade material. princípio da insignificância. Salvo-conduto que deve abarcar também referida conduta. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. Parecer ministerial pela concessão do writ. Precedentes. Impetrante: André Luiz Hespanhol Tavares. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 22 de novembro de 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203358860&dt\\_publicacao=28/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203358860&dt_publicacao=28/11/2022). Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 147169/SP.** Penal e Processual Penal. Salvo-conduto. Cultivo artesanal de *Cannabis sativa* para fins medicinais. Princípios da intervenção mínima. Fragmentariedade e subsidiariedade. Ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado. Omissão regulamentar. Direito à saúde. Recorrente: Guilherme Martins Panayotou. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rhc-147169-voto-sebastiao-reis-junior.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Recurso Extraordinário 430105/RJ.** Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro; Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Constitucional. Direito Penal. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 08 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BUERGO, B.M. La configuración del injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 9, p. 39-82, 2002.

CAMPOS, M. S.; ALVAREZ, M. C. Pela metade: implicações do dispositivo médico-criminal da “nova” Lei de Drogas na cidade de São Paulo. **Tempo Social**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 45-74, 2017.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: legislação penal especial: volume 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ).

CARVALHO, S. **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.

COELHO, G. O.; SOUZA, P. V.S. Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 126, p. 67-108, 2016.

DE POLI, C. FUNCIONALISMO PENAL EM CLAUS ROXIN. **Revista de Direito da FAE**, v. 1, n. 1, p. 27 - 42, 12 jun. 2019.

DINU, V.C; Mello, M.M. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v.13, n. 2, p. 194-214, mai-ago,2017.

FONSECA, M. M. C. Uma Análise da Contribuição do Funcionalismo de Claus Roxin à Teoria da Ação. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 157-178, jan./jun, 2009.

GOMES, E. O. R. **Limites à ingerência do direito penal: a aplicação da teoria da imputação objetiva e o seu viés mitigatório à criminalização do uso de drogas e do delito de tráfico de drogas para o consumo compartilhado**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20039>. Acesso em: 23 mar. 2023.

GRECO, L. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 32, 2000.

GRECO, L. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2005.

HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. RT, 1994.

HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução (da 2ª edição alemã revista e ampliada) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, S. A. Fabris, 2005.

KARAM, M.L. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 2. ed. Niterói: Ed. Luam, 1993.

LEAL, A.A.F. **A teoria da imputação objetiva: fundamentos e aplicação**. Caxias do Sul, RS: Educs, 201

MACHADO, N. B. C. Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na Lei n. 11343/2006. In: CARVALHO, E. M.; ÁVILA, G. N. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

NETO, H. M. B. **Reflexos da bioética sobre o tratamento jurídico do uso de drogas no Brasil: autonomia x paternalismo**. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2014.

NUCCI, G.S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLMO, R. **La cara oculta de la droga**. Bogotá: Temis, 1988.

ONOFRE, G. F. (2016). **O princípio da lesividade frente à criminalização do uso das drogas**. Trabalho de Conclusão de Curso Graduação em Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil.

PINHEIRO, R. M. A.; MACHADO, F. G. P. Sociedade de risco e crimes de perigo abstrato. Uberlândia: **Horizonte Científico**, 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4387/6672>. Acesso em: 30 abr. 2023.

RIBEIRO, M. M. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO DE JANEIRO. 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: 20 abr. 2023.

RODRIGUES, L. B. F. (2006) **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade** (Tese de doutorado, Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil).

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva**. Tradução de Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, C. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: **Revistados Tribunais**, 1999.