**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS- Unievangélica**

**curso de direito- campus Ceres**

**lucas evangelista gonçalves**

**uma análise acerca da proibição das drogas com ênfase na legislação penal brasileira**

Ceres, GO

2019

**lucas evangelista gonçalves**

**uma análise acerca da proibição das drogas com ênfase na legislação penal brasileira**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS- UniEvangélica, campus Ceres como requisito parcial para a Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Laurentino Xavier da Silva.

Ceres, GO

2019

**lucas evangelista gonçalves**

**uma análise acerca da proibição das drogas com ênfase na legislação penal brasileira**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS- UniEvangélica, campus Ceres como requisito parcial para a Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Laurentino Xavier da Silva.

Ceres, GO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. ..............

Universidade ..............

Prof. Dr. ..............

Universidade ..............

Prof. Dr. ..............

Universidade ..............

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais pela dedicação e compreensão em minha criação e desenvolvimento.

Agradeço ao meu orientador pelo tempo e esforço desprendido para construção desta pesquisa.

Agradeço à minha namorada por sua resiliência e apoio nos momentos difíceis.

Enfim, agradeço a todos as pessoas que fizeram parte dessa etapa decisiva em minha vida.

Resumo

|  |
| --- |
| *"*Todos os deuses, todos os infernos, todos os paraísos estão dentro de você" (Joseph Campbell) |

O objetivo desta pesquisa é analisar a atual legislação vigente acerca do tema, seu entendimento sobre o consumo pessoal de drogas e como se deu a proibição ao redor do mundo e principalmente no Brasil. Ademais, foram analisados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a favor e contra a lei ora analisada. Como resultado obtido, concluiu-se que a proibição das drogas se deu num contexto majoritariamente racial, por envolver pessoas e regiões originalmente produtoras de algumas destas substâncias e com pouca influência nos debates sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE**: Criminalização. Drogas. Abolicionismo. Direito Penal. Despenalização.

Abstract

The objective of this research is to analyze the current legislation about the subject, its understanding about personal drug use and how the ban occurred around the world, especially in Brazil. In addition, doctrinal and jurisprudential positions were analyzed in favor and against the law now analyzed. As a result, it was concluded that the prohibition of drugs took place in a mostly racial context, involving people and regions originally producing some of these substances and with little influence on the debates.

Sumário

[1 **Introdução** 12](#_Toc18355282)

[2](#_Toc18355283)  **A PROIBIÇÃO AO REDOR DO MUNDO** [11](#_Toc18355283)

3 **AS TEORIAS DA PENA E PENSAMENTOS ABOLICIONISTAS**…………………..……18

4 **BREVE ESTUDO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28**……………...26

[3](#_Toc18355288)  [**Conclusão**](#_Toc18355288) 37

[**Referências** 3](#_Toc18355289)8

1. **Introdução**

O consumo de substâncias de drogas é um fato social, uma vez que representam o modo de pensar, sentir e agir de um grupo, fatos sociais são eventos externos ao indivíduo que ocorrem na sociedade e que ao longo do tempo foram difundidos através da cultura.

 Ocorre é que determinadas plantas ou substâncias são originadas de países ditos de ‘segunda classe’, pouco opinantes sobre o debate e muito influenciados pelo poder exercido pelas grandes potências, seja social, cultural ou economicamente falando.

Com o advento da globalização, essas mercadorias começaram a ser comercializadas em longa escala, percorrendo mares e oceanos ao redor do mundo. Esses produtos já foram tratados como remédios ou como tóxicos, nocivos a população, a depender da época em contexto analisada. A *cannabis*, por exemplo, popularmente conhecida como maconha, por exemplo, no Brasil, no século XIX era comercializada como um remédio. No entanto, no século XX, passou a ter seu uso criminalizado em larga escala por diversos países, principalmente guiada pelo movimento de “guerra as drogas” iniciado nos EUA.

Nos dias atuais, os seus fins terapêuticos e medicinais entram novamente em discussão no cenário mundial, seu uso vem sendo ressignificado, em razão dos novos estudos acerca de seus fins terapêuticos, medicinais e econômicos. A intenção desta pesquisa é demonstrar que em diferentes épocas, o consumo de determinadas substâncias teve seu conceito relativizado pelo momento político vivenciado. Da mesma maneira como aconteceu com o álcool, o qual foi proibido uma vez nos EUA, porém nunca deixou de fato de ser consumido e que atualmente o seu consumo é sequer questionado.

Outrossim, foi utilizada metodologia bibliográfica, valendo-se de pesquisas a doutrinas, artigos e leis, com foco na atual legislação vigente sobre o tema, a popularmente conhecida como “Nova Lei de Drogras”, e os seus aspectos constitucionais, também foi realizado um estudo sobre o voto do relator Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 635.659, que visa demostrar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 .

O primeiro capítulo trata sobre a proibição das drogas ao redor do mundo. Já no segundo foi realizada uma abordagem acerca das aplicações de penas e da teoria abolicionista e no terceiro foi analisado o voto do relator Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº635.659.

2 **A PROIBIÇÃO AO REDOR DO MUNDO**

Desde tempos remotos o homem, nas mais variadas regiões do planeta, utiliza plantas, ervas e raízes, como encontradas na natureza ou delas extraindo seus princípios ativos, estas possuem diversas finalidades e modos de uso, se destinam a rituais sagrados, como forma de medicina, ou para o uso, conhecido modernamente como '‘recreativo’'.

As drogas estão presentes nas diferentes culturas e sociedades ao redor do mundo, são um fato social, difundido através da cultura e tendo seu significado discutido entre as diferentes instituições presentes em nossa sociedade. Inúmeras opiniões são expressadas sobre o tema, divergências de opiniões entre o novo e o velho, entre o sagrado e o profano, sobre a cura ou da doença, o bem ou mal.

Segundo dados de pesquisa do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), realizadas no ano de 2004, 3% da população mundial consumiu algum tipo de droga ilícita, durante os doze meses que antecederam a realização da pesquisa. De acordo com os dados coletados “150 milhões de pessoas consumiram *cannabis,* 13 milhões de pessoas consumiram cocaína, 15 milhões de pessoas consumiram ópio e 38 milhões de pessoas consumiram anfetaminas”. Os números da mesma pesquisa demostram que 1.3 bilhões de pessoas consumiram cigarro neste mesmo período, o tabaco é legal no Brasil e em vários países, segundo o Instituto Nacional de Câncer, o cigarro mata, aproximadamente, 156 mil pessoas por ano, só no Brasil. (GEHRING, 2012, p.146)

O endurecimento das legislações ao redor do mundo se deu após a realização de inúmeras convenções internacionais, elaboradas por países complacentes da política norte-americana. Em âmbito doméstico o governo de Ronald Reagan, deu início a uma pólica de austeridade, que ficou conhecida como “guerra as drogas”, esta política rompeu as fronteiras nacionais dos Estados Unidos e foi ‘vendida’ ao mundo como solução aos problemas sociais relacionados com o uso de drogas.

Os governos ao redor do mundo sempre se preocuparam com o comércio de mercadorias entre suas fronteiras, coibindo algumas, liberando outras. Esta preocupação foi intensificada com o término da guerra fria, e o fim da ‘ameça comunista’. Os países vencedores, sob a liderança dos Estados Unidos da América, intensificaram sua politica antidrogas, muito deste esforço estava ligado com o intuito de justificar seus gastos com armamentos. Segundo Arbex Jr. (2005), a temática sobre o tráfico de drogas começou a ser tratada em conferências internacionais no início do século 20, quando os países signatários assinaram tratados de mútua cooperação para frear essa prática de crime. Entretanto, o narcotráfico passou a ser visto como ameaça ao Estado, a partir do começo dos anos de 1980. Segundo Héctor Luis Saint-Pierre (2003), nesse período, as ditaduras entraram em colapso e, cederam espaço para os governos civis na América Latina. Paralelo a esse fato, iniciou-se o processo da globalização e o fim da guerra fria. Sem a “ameaça comunista”, outros temas receberam atenção a fim de justificar os orçamentos de defesa, os quais seriam desnecessários com a ausência da confrontação bipolar entre os Estados Unidos e a União Soviética: pobreza e migração, controle de produção de armamento nuclear, democracia, terrorismo internacional, proteção ao meio ambiente e, narcotráfico (GEHRING, 2012, p.149).

Logo no início do século XX, foi realizada uma das primeiras convenções internacionais com a finalidade de regulamentar o comércio de derivados os ópio, no ano de 1909 em Xangai na China, representante de países com importantes indústrias farmacêuticas se encontraram para convencionar sobre o comércio da flor em suas fronteiras. Já ano de 1911, em Haia na Holanda foi realizada uma das mais importantes convenções tratando do comércio do ópio, na convenção houve a ratificação de um documento, seu teor, visava coibir o uso de opiáceos e cocaína nos países que assinaram o documento.

Ao mesmo tempo ocorria nos Estados Unidos a *Harrison Narcotics tax act,* onde foi ratificado o plano doméstico que condicionava o uso do ópio apenas com finalidades medicinais, ratificando no país o que havia sido discutido no na convenção de Haia. Os Estados Unidos em um primeiro momento, apesar de ter participado das reuniões, não ratificaram a convenção, elaborando seu próprio plano de combate as drogas.

O hiato provocado pela Primeira Guerra retardou o avanço do proibicionismo no cenário mundial, mas tão logo tenha findado o conflito, os proibicionistas estadunidenses trataram de articular estratégias tanto no plano doméstico como na política externa. A Alemanha, derrotada, viu-se obrigada a aderir à Convenção de Haia que fora anexada ao Tratado de Versalhes (CARVALHO, 2014, p.156).

Já no ano de 1919, nos Estados Unidos foi promulgada 18ª Emenda à Constituição, proibindo o transporte, importação e exportação de bebidas alcoólicas em todos os Estados da Federação. Esta lei federal deu início a um vasto mercado ilegal onde contrabandistas de bebidas alcoólicas, cocaína, maconha, ópio entre outras drogas que passaram a ser consideradas ilegais, se valeram da proibição para faturar muito em um mercado altamente lucrativo.

O proibicionismo criou um ramo na economia mundial, o tráfico internacional é considerado atualmente, segundo dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) a segunda atividade comercial mais importante do mundo, movimentando cerca de 400 bilhões de dólares todos os anos.

Em razão do aumento do consumo de drogas ilícitas e do tráfico de drogas dos anos de 1970, foi formulada entre os anos de 1982 e 1986, uma estratégia para a Fiscalização do Uso Indevido de Drogas. Entretanto, o principal instrumento de cooperação multilateral para o combate ao tráfico de drogas ilícitas é resultado das conferências realizadas em 1987 e 1988 pela ONU na cidade de Viena: a convenção das Nações Unidas contra o tráfico Ilícito de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas. Essa convenção uniu vários aspectos de combate às drogas, e também estabeleceu compromissos em termos de prevenção, fiscalização e controle, repressão, e outras formas de cooperação e assistência internacional. (GEHRING, 2012, p.150)

O movimento proibicionista institui a 18º Emenda à Constituição Norte-América, contou com o apoio de grupos como a Ku Klux Klan (KKK), extremistas reacionários, que defendem a supremacia da raça branca, são contra a imigração de pessoas e acreditam em um processo de purificação da sociedade, os mesmos atribuem os problemas sócias norte-americanos a miscigenação população. (CARVALHO, 2014, p.157).

Outros grupos sociais também manifestaram-se acerca da proibição do consumo da de bebidas alcoólicas, estes pouco estavam interessados na eficácia instrumental da lei, os proibicionistas buscavam maior respeito social em detrimento de outro grupo, uma guerra velada entre “protestantes/ nativos defensores da lei proibitiva contra católicos imigrantes contrários à proibição, a ‘vitória legislativa’ teria funcionado simbolicamente a um só tempo como ‘ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores’, sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais” (LENZA; 2014, p. 92).

As diversas convenções tiveram o intuito de elaborar um *roll* de substâncias consideradas como perigosas e nocivas aos seres humanos, ópio, cocaína e a morfina não foram as únicas drogas listadas como perigosas, alguns autores atribuem ao Dr. Pernambuco Filho, brasileiro, a responsabilidade por incluir a Cannabis Sativa¹ no *roll* das substâncias com trânsito proibido ao redor do mundo, para o psiquiatra a maconha é mais “mais perigosa que o ópio” (CARVALHO, 2014, p.160).

No século XIX, uma pseudociência afirmava que algumas raças carregavam características naturais dos criminosos, um discurso que criminalizava negros, sua cultura, sua religião e seus habito de fumar maconha. A planta originária da África era conhecida com “fumo de angola” e foi tema de uma lei estadual no Rio de Janeiro, o texto dizia o seguinte “É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia” (Carta Capital, 2018).

A proibição da maconha no século XIX, estava diretamente ligada ao contexto racial, a planta era em grande parte consumida por negros escravizados, e aos imigrantes que cruzavam as fronteiras com destino aos Estados Unidos, sem nenhuma comprovação científica sobre malefícios ou prejuízos a sociedade ou aqueles que a utilizam a proibição era ligada ao fato destas pessoas consumirem a planta (BARROS, 2011).

Na atualidade, onde setores conservadores da sociedade brasileira, aliados a grandes blocos de parlamentares, também conservadores, buscam inviabilizar a as políticas públicas defendidas por setores mais progressistas da sociedade, estes acreditam que a criminalização das drogas nada mais é do que um atraso, uma política de estado que visa o encarceramento de uma parcela da população, estereotipada, periférica, de baixa renda e maioritariamente negra.

Segundo pesquisa realizada através do levantamento de dados atualizados dos governos estaduais e dos tribunais de justiça, no mês de fevereiro de 2017, é possível observar que “um em cada três presos no país responde hoje por tráfico de drogas”, com um “aumento de 339% de 2005 a 2013”. O aumento no número de presos seria resultado da atual política de repressão às drogas adotadas no Brasil com advento da Lei 11.343 de 2006, a denominada ‘Nova Lei de Drogas’, como é possível observar no gráfico abaixo. (*ONLINE*, 2017).

Ao observar o gráfico é possível entender a marcha proibicionista, com a adoção da nova legislação no Brasil, o número de pessoas condenadas por crimes relacionados as drogas aumentaram significativamente. A lei 11.343 de 2006 reforçou a imputação de penas as pessoas com menor renda, baixa escolaridade e moradores de comunidades carentes, resultado de uma política criminal repressiva que vem sendo aplicada em todo mundo.

De acordo com a pesquisa, as prisões de usuários continuam ocorrendo ainda que sem previsão legal na legislação vigente, a aplicação de penas de reclusão, só é permita quando o infrator incorrer no crime de tráfico de drogas, acontece em decorrência de uma discrepância na atual legislação.

Para a nova lei, é considerado ‘usuário’ aquele que prática as condutas descritas no artigo 28, caput, da Lei 11.343/06, para este as penas privativas de liberdade foram abolidas, significa que não caberá prisão em flagrante contra o usuário, ele não porá ter sua liberdade cerceada de modo algum, e a depender das circunstâncias, poderá ser conduzido a um Distrito Policial para ‘assinar’ um Termo Circunstanciado e, caso descumpra alguma das penas previstas no artigo 28, caberá pena de multa.

Já o ‘traficante é aquele que realiza qualquer ação descrita no artigo 33 da Lei 11.343/06, equiparado pela Constituição Federal em seu artigo 5, inciso XXLIII, aos crimes hediondos, e o agente que comete as condutas descritas no artigo 33, caput, também sofrerá também com as penas previstas na Lei 8.072/90, a lei dos crimes hediondos, onde está previsto o início do cumprimento de pena no regime fechado, além de outras sérias complicações como a de não poder o apenado receber anistia, graça ou indulto, não ter o direito a realizar o pagamento de fiança, permitindo assim que responda o processo em liberdade, entre outras vedações. Trata-se de um tipo penal que restringe de forma severa o direito à liberdade.

As grandes questões envolvendo este tema pairam sobre modo como o aplicador do direito, verifica quem incorreu em um tipo penal ou em outro, ou seja, quem é ‘usuário’ e quem é ‘traficante’, e torna-se ainda mais intrigante quando verificamos que nos dois diferentes tipos penais, usuário e traficante, ocorre uma multiplicação dos verbos, o legislador pátrio inseriu 5 núcleos idênticos nos dois tipos penais basilares para diferenciar um de outro, em ambos estão previstas as condutas:adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo (ZAFFARONI,1990).

Além da discrepância em relação a multiplicação dos verbos, a lei é omissa quanto a quantidade que classificaria um agente como usuário ou traficante, viabilizando assim o subjetivismo das interpretações de juízes, diante desta omissão legislativa um caso ganhou repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, que terá de decidir ‘com quantas gramas se faz um traficante’, o caso é de um mecânico, Francisco Benedito de Souza, que foi condenado a prestar serviços à comunidade por portar ‘3 gramas de maconha’, chegou até a mais alta corte do país, até o momento três ministros votaram, entre ele o relator do caso Gilmar Mendes, votando pela descriminalização do porte de drogas, para o ministro a Lei de Drogas não diferencia usuário de traficante.

Já ressaltei a zona cinzenta entre o tráfico de drogas e a posse de drogas para consumo pessoal. A diferença entre um e outro enquadramento é decisiva para pessoa abordada. Ou poderá ser presa, por até quinze anos, ou seguirá livre, embora sujeita, pelo menos transitoriamente, às medidas previstas no art. 28, sem efeitos penais. Conforme há pouco relatamos, há sérios indicativos de que esse contexto pode conduzir à inadmissível seletividade do sistema penal. A interpretação dos fatos, com elevada carga de subjetividade, pode levar ao tratamento mais rigoroso de pessoas em situação de vulnerabilidade – notadamente os viciados. À falta de critérios objetivos, a avaliação judicial rigorosa das circunstâncias da prisão afigura-se imperativa para que se dê o correto enquadramento aos fatos. A prática mostra, no entanto, fragilidade na pronta avaliação de casos relativos a drogas MENDES (Recurso Extraordinário, 2015).

Por tudo que foi suscitado é possível entender que a problemática ao redor do tema se baseia em uma questão meramente moral, como destacado grupos com intuito de exercer sobre outros grupos uma certa dominação, se valem de lobby político para constranger a democracia. O direito penal deve ser entendido como a *ultima ratio*, significa dizer que ele é o último recuso a ser utilizado pelo nosso legislador pátrio para proteger aquilo que é necessário para manutenção da vida e da dignidade das pessoas “Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser protegidos pelos demais ramos dos Direito” (GRECO, 2014, p.02).

Com o passar dos anos os bens que merecem a proteção do direito penal são ‘atualizados’, alguns que antes eram tutelados e protegidos hoje já não gozam desse status, isso ocorre, pois, a sociedade está em constate evolução e passa a entender que determinados bens jurídicos não são mais dignos da tutela penal. É o caso dos delitos como sedução e adultério, que com o advento da Lei 11.106 de 28 de março de 2005 foram revogados.

 A mulher moderna já não é mais como a mulher da década de 1940, período em que foi instituído o Código Penal, nos dias atuais ela trabalha, cuida de casa, tem uma vida ativa na sociedade e na política e traz o sustento para grande parte dos lares brasileiros, não carece mais da antiga tutela de proteção, ligada a questões morais que vivenciava o legislador pátrio da década de 40. A constante evolução da sociedade nos permite repensar valores, buscar novos horizontes e repensar o meio onde vivemos.

 O tema em debate coloca em clara contraposição a proteção a direitos fundamentais, de um lado o direito coletivo à saúde e a segurança; de outro, o direito à intimidade, a vida privada, devendo o legislador se orientar pelos princípios norteadores do ordenamento jurídico e não sob égide moral que o ambiciona, ou os desejos dos grupos de interesse que os rodeiam, não pode valer-se de soluções dilatórias, e nem protelar as demandas sociais ao se valer de ‘soluções mágicas’.

3 **DAS TEORIAS DA PENA E PENSAMENTO ABOLICIONISTA**

Os ideais do *iluminismo,* serviram ao Direito Penal, deixando-o de certo modo, menos cruel quando comparando com aquele que vigorou durante o Estado Absolutista, quando a intervenção estatal nas liberdades individuais eram frequentes e deixavam o cidadão enfraquecido perante o poder de império do estatal. Após este período os princípios limitadores da pena passam a integrar os Códigos Penais nos países democráticos, garantindo formal e materialmente aos destinatários da norma um maior respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Nos dias atuais os princípios que regulam o controle penal são conhecidos como princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou simplesmente, Princípios *Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Estes princípios estão dispostos no texto maior, a Constituição Brasileira de 1988, de seu preâmbulo é possível extrair os princípios da liberdade, igualdade e justiça, os quais serviram de inspiração e fonte interpretativa para a formar todo o sistema normativo que orbita nossa Constituição Federal (BITENCOURT, 2015, p. 49).

O Estado moderno no qual vivemos, surgiu sob a égide da Declaração da Dignidade da pessoa Humana, a qual é fundamento para os Estados Democráticos de Direito, em nosso ordenamento no artigo 1, inciso III, da Constituição Federal de 1988, constitui o Estado Brasileiro a “dignidade da pessoa humana” como fundamento do estado brasileiro, deste modo ele se compromete a respeitar a vida privada de seus cidadãos, não interferindo em suas atividades, exceto quando estiver expressamente autorizado, por lei, a fazê-lo.

Quando analisamos uma situação onde há conflitos de interesse é possível observar os princípios se confrontarem, no caso concreto as partes que ocupam os polos de uma relação jurídica municiam-se de argumentos embasados em princípios com a finalidade de ver deferido o seu pleito. Em diferentes decisões os princípios são ‘colocados em uma balança’, não sendo nenhum deles absolutos; o que nós leva a concluir que a hermenêutica deve ser aplicada de forma a valorar ou não situações, ponderando suas excepcionalidades e nunca deixando de cumprir a máxima do grande jurista Rui Barbosa, tratando igualmente os iguais.

Alguns princípios valem ser elencados, através deles podemos entender como o poder estatal foi limitado de tal modo a produzir uma maior segurança jurídica aqueles que se submetem ao seu poder de império, vez que a norma penal se aplica a todos, sem distinção, com ressalva para as excepcionalidades legais. No bojo dos princípios que limitam o poder punitivo estatal está o Princípio da legalidade, em respeito a ele a elaboração de normas penais é função exclusiva da lei, desta forma, “nenhum fato pode ser considerado crime sem que e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes as ocorrências desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente” (BITENCOURT, 2015, p. 51).

Ainda por conta deste princípio, o legislador fica obrigado a evitar ao máximo o uso de expressões vagas, ambíguas, equívocas, para que a lei não se torne indeterminada ou imprecisa, de forma a não conseguir realizar o fim a que foi destinada. No primeiro capítulo destes monografia foram citados os problemas pertinentes a dita “multiplicação dos verbos” na lei 11.343/06, popularmente conhecida como a “Nova Lei de Drogas”, no referido, os artigos 28 que estabelece penas leves aos ‘usuários’ e 33 que tipificam penas brandas aos ‘traficantes’ é possível observar um grande número de ações, ou verbos que estão presentes nos dois tipos penais. (ZAFFARONI, 1990)

Essa multiplicidade de verbos pode levar quem julga a aplicação de uma pena com fundamentações subjetivas ou tendenciosas, em razão de uma omissão legislativa na observância do princípio da legalidade, criando assim uma “zona cinzenta” para aquele que julga e por lei não pode ser esquivar de prolatar uma decisão sobre o caso que estiver em questão.

Outro princípio que fundamental no campo do direito penal e de observância obrigatória tanto para quem cria, quanto para quem aplica o direito, é o da intervenção mínima, de acordo com este princípio também é conhecido como *ultima ratio,* ele orienta e limita o poder incriminador do Estado, estabelecendo que a criminalização de uma conduta só será legitima se constituir meio necessário para proteger bens jurídicos - a exemplo a vida, a propriedade, a dignidade - estressante mente importantes.

Deste modo, deve se importar o direito penal somente com aquilo que ofende de forma ferrenha os principais bens jurídicos, sob pena de este se tonar somente um texto vazio, sem plena efetividade, não conseguindo realizar o fim para o qual se destina. Para que um crime seja tipificado, é necessário que haja um perigo concreto, um efetivo dano a um bem da vida penalmente protegido, só pena de não se justificar a intervenção estatal. Desta forma é considerado inconstitucional pelo princípio da ofensividade todos os chamados ‘crimes de perigo abstrato’ (BITENCOURT, 2015, p. 61).

De nada bastaria para o funcionamento de todo este sistema se as penas aplicadas não fossem proporcionais aos crimes praticado, desta feita, temos a existência de do princípio da proporcionalidade, que não permite o desequilíbrio entre a infração e a sanção que será imposta. Este princípio encontra respaldo na carta Magna, em seu artigo 5, inciso XLVI, onde está previsto o importantíssimo instituto da individualização da pena. Casado com este princípio também encontramos o princípio da transcendência da pena, com previsão legal no artigo 5º, inciso XLV, do mesmo diploma legal, de acordo com este artigo nenhuma pena poderá ultrapassar a pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Verifica-se também que a pena deve ser individualiza, seguindo assim o princípio da individualização da pena que comporta três momentos, a) no legislativo, no momento em que este poder cria o tipo penal, estabelecendo, desta forma, o mínimo e o máximo da pena cominada; c) judicial, quando o julgador fixa a pena ao indivíduo, diante do caso concreto; c) no plano da execução penal, ou seja, quando o magistrado da fase executória adapta a pena ao sentenciado, podendo conceder benefícios ou retirá-los.

Cabe por último ressaltar o princípio da humanidade, este representa um pilar da República, carregando em seu bojo o princípio da dignidade da pessoa humana, um norte a ser seguido por sistemas que visão proteger a democracia e a liberdade, este princípio bane as penas cruéis, de caráter perpétuo, banimento, trabalho forçado e de morte, com as devidas ressalvas aos casos de guerra declarada, ele está disposto no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XLVII, da mesma forma que a previsão legal contida no artigo 5, inciso XLIX, que estabelece o respeito a integridade física e moral do apenado, coibindo humilhações e penas dolorosas.

Os princípios até aqui elencados encontram seu fundamento no texto constitucional, e servem para orientar tanto aquele que cria a norma, quanto aquele que irá aplicá-la, de modo que, todos estes agentes estão vinculados, devendo obediência a este preceitos, não permitindo que o direito penal se torne um artifício na para confecção de normas que não produzem resultado, diminuindo a relevância do aparelho coercitivo estatal frente ao seus súditos. Buscando esclarecer melhor o tema, a fim de explicar como o sistema é orientado por um conjunto de norma e regramentos que satisfazem os fins do direito penal, qual seja, a pacificação social, diversas teorias foram criadas para explicar a pena.

A pena pode ser entendida como a resposta do Estado, a uma infração penal cometida por um outro agente, de modo a vingar aquele, retribuindo ao agressor as penas legais em resposta a agressão desferida, deste modo é possível entender a pena como:

Sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se subdividem (positivo e negativo): a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Nucci, 2015)

Existem diversas teorias, opiniões científicas, desenvolvidas ao longo do tempo que tem como objetivo explicar a aplicação de penas, de modo a combater a criminalidade, consistindo em suma uma reação às condutas criminosas. Entre as principais teorias da pena estão, as teorias absolutas, as teorias preventivas e as teorias mista. As teorias absolutas são também conhecidas como teorias retributivas, tem sua origem na ideia expressada pelo código de Talião, uma vez que, não intentam, sob nenhuma perspectiva atribuir finalidade na aplicação da pena, consistindo apenas no puro e simples ato de punir para que se alcance a justiça. Enxerga a pena sob a ótica única de castigo.

As teorias absolutistas têm como principais defensores os alemães Immanuel Kant e Friedrich Hegel. Para “Kant a justificação da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito, em Helgel é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada” (BITENCOURT, 2015, p. 135).

Sintetizando o pensamento de Kant, possível entender que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquindo, sem procurar qualquer motivo que seja, olhando sobre o prisma da utilidade, para que se aplique a pena para o apenado ou para sociedade. Desta forma Kant nega toda e qualquer função preventiva da pena. Ele dá a aplicação da pena simples infringência da lei penal. Já para Hegel a pena é a lesão, a maneira de compensar o delito causado, recuperando o equilíbrio perdido.

A grande crítica às teorias absolutas é que, de maneira alguma ela prevê ou possibilidade o combate efetivo à criminalidade, e, que, a pena por si só não é o único meio disponível para alcançar a justiça, conforme leciona Queiroz:

Também a idéia de retribuição pressupõe a necessidade mesma da pena, pois fundamenta algo que já é dado, previamente, como existente e válido. Não responde à indagação sobre quais os pressupostos que devem orientar a punição de uma conduta, nada diz sobre qual deva ser seu conteúdo, e nada refere sobre quais ações passíveis de repressão, ou, ainda, sobre a melhor forma de enfrentá-las, supondo-a simplesmente como imperiosa e inevitável. Logo, tal teoria de modo algum explica porque se deva impor a pena a alguém, ao invés de, por exemplo, perdoá-lo ou simplesmente censurá-lo ou porque não se optar por um outro instrumento de controle social que não a pena, bem como sobre qual a pena aplicável em cada caso. (QUEIROZ, 2005, p.27)

As principais características da teoria absolutas consistem em entender a pena como um mal, um castigo, a retribuição ao mal causado através do delito, de tal modo que sua imposição está justificada não como meio para alcançar um fim futuro, mas pelo seu valor axiológico intrínseco de punir o fato passado, por este motivo são conhecidas como teorias retributivas.

A ideia da retribuição ligada a pena é originária dos Estados absolutistas, por consequência do autoritarismo, o que se buscava através da pena era castigar aquele que cometia um ilícito, um castigo para retirar o mal, o pecado. No Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem agisse contra o soberano, vez que este erá tido como o próprio Deus.

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor do fato pelo cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. Detrás da teoria da retribuição se encontra o velho princípio do Talião. (ROXIN, 2003, p. 81).

Já as teorias relativas, conhecidas com teorias preventivistas, buscam punir o agente do crime para desta forma desestimular que a conduta criminosa se torne habitual, se repita por outras pessoas. Esta teoria tem como intuito prevenir que os incidentes criminosos se repitam, desta forma a pena tem um intuito educativo para a sociedade, de modo que, sua aplicação gera um certo temor nas pessoas, desestimulando assim que novos agentes intentem na realização de condutas tipicamente criminalizadas.

“A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meio de impedi-lo de voltar a delinquir” (CAPEZ, 2007, p.359).

Esta teoria se justifica, com a prevenção de novo ato delituoso, diferente da teoria retributiva, aqui o que se busca é coibir que os atos delituosos voltem a se repetir, buscando a prevenção.

 “Ambas as teorias não são capazes de conseguir sair de um entrave: sua impossibilidade de demonstrar quais são os comportamentos diante dos quais o Estado tem legitimidade para intimidar, e, assim sendo, não definem também o âmbito punível” (BITENCOURT, 2015, p. 145).

As teorias relativistas são subdividem-se em dois grupos, a da prevenção gral e o da especial, tendo como principais defensores Beccaria, e Schopenhauer. A teoria da prevenção geral enxerga a pena como uma forma de inibir que o agente do crime volte a realizar a conduta ilícita, estando voltada a coletividade, de maneira geral, enquanto a teoria preventiva especial destina-se ao infrator, ela enxerga a pena como forma de retirar o criminoso da sociedade o reeducando para que possa ser novamente integrado à mesma e não venha outra vez realizar uma conduta delituosa.

A pena serve a uma dupla prevenção: a geral e a especial. Prevenção geral porque a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena surte efeitos em todos os membros da coletividade, atemorizando os virtuais infratores. Prevenção especial porque atua sobre a consciência do infrator da lei penal, fazendo o medir o mal que praticou, inibindo-o, através do sofrimento que lhe é inerente, a cometer novos delitos” (BARROS, 2003, p. 62).

Ainda na análise das teorias da pena, temos a teoria mista ou unificadora da pena, esta teoria consiste na fusão das duas teorias anteriormente analisadas, qual seja, a teoria absolutistas e relativistas. Para esta teoria a pena possui natureza tanto retributiva, onde é visada a punição do agente criminoso em razão de sua conduta antijurídica, quanto natureza preventiva, visando a reeducação do infrator de modo a reinseri-lo na sociedade. Esta teoria é atualmente adotada no Código de Penal Brasileiro.

A pena tem caráter retributivo preventivo. Retributivo porque consiste numa expiação do crime, imposta até mesmo aos delinquentes que não necessitam de nenhuma ressocialização. Preventivo porque vem acompanhada de uma finalidade prática, qual seja, a recuperação ou reeducação do criminoso, funcionando ainda como fator de intimidação geral” (BARROS, 2003, p. 434).

A teoria mista ou unificadora agrupa em um conceito único os fins da pena, tentando recolher os aspectos com maior relevância apresentado pelas duas últimas teorias analisadas. Tem como pensador no século XX, Merkel, para ele entende-se que “a retribuição, a prevenção geral e prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”. Esta teoria parte da crítica às soluções monistas sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustenta-se que essa unidimensionalidade, em outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, o que pode causar grave ameças a segurança e aos direitos fundamentais do homem. (BITENCOURT, 2015, p.155).

Em razão da redação do artigo 59 do Código Penal, podemos concluir que a lei penal pátria adotou a teoria mista da pena, isto porque a parte final do caput do referido artigo conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, de modo com que se unifiquem as teorias absolutas e relativas, observe o teor do citado artigo:

Artigo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Atualmente no direito brasileiro estão previstos três tipos de pena, dispostas no artigo 32 do Código Penal Brasileiro, em seus incisos, são elas, as privativas de liberdade, as restivas de direito e a multa que, por seu caráter pecuniário pode ser cumulada com alguma das anteriores. Já o artigo 1º do Código Penal configura como crime as seguintes ações:

Artigo 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, que isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Ao mesmo tempo a lei também estabelece vários regimes para o cumprimento da pena, após o julgamento e a apresentação da sentença, a próxima etapa consiste na aplicação da pena. O critério adotado pelo artigo do Código Penal é o modelo trifásico, o juiz fixará a pena-base, atenderá os critérios dispostos no artigo 59 do mesmo diploma legal, em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por último, as causas de diminuição e de aumento da pena.

4 **BREVE ESTUDO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28**

Após a aludida análise acerca dos caminhos que ensejaram a proibição das drogas, a sua criminalização, a positivação do Direito Penal e as teorias da aplicação da pena no sentido de buscar formas de enfrentamento e combate ao tráfico de drogas e de seu uso indiscriminado, analisar-se-á neste capitulo, um caso concreto levado a mais alta corte do país, qual seja, o Superior Tribunal Federal, para discutir sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 13.343/06, conhecida como Nova Lei de Drogas.

O caso em comento trata de um recurso extraordinário com repercussão geral, em que no pedido se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Na alegação, o autor afirma que este dispositivo fere princípios constitucionais ligados a proteção dos direitos fundamentais inerentes ao homem, sua dignidade e vida em sociedade. Os direitos fundamentais estão expostos de modo implícito e explícito na Carta Constitucional de 1998, assegurando direitos e garantias que podem ser atribuídos a qualquer tempo e a qualquer pessoa que esteja em território nacional.

Em resposta ao recurso, o Ministério Público aduz que o perigo de trazer consigo pequena ou grande quantidade de droga causaria, por si só, lesão à saúde pública, contribuindo para a propagação do vício no meio social. Na visão do *parquet*, aquele que traz consigo qualquer quantidade de substância entorpecente estaria, pelo simples ato de transportar, cometendo um crime contra a sociedade.

Não é a primeira vez que o tema é julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, é debatido pelos julgadores há muito tempo, tendo em vista as análises pretéritas de casos semelhantes. Ao analisar tais casos, os Ministros decidiram que o porte de drogas em pequenas quantidades para consumo pessoal não está sujeito a penas privativas de liberdade, devendo ser extinguida a punibilidade do agente.

O caso supracitado é referente ao Recurso Extraordinário 430.105, no qual a Suprema Corte decidiu pela não aplicação da pena de restrição de liberdade daqueles que incorriam nas ações descritas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, de forma que a posse de drogas para consumo pessoal não poderia acarretar penas que restringissem a liberdade. Naquele momento, os Ministros estabeleceram critérios para avaliar se a tipificação descrita no artigo 28 tratava-se de uma ação criminosa com alto potencial de lesividade para o agente e a sociedade ou se tratava de uma mera contravenção penal.

Colhe-se um enxerto da decisão reportada:

“I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO/RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ 27.4.2007)”.

Pois bem, no caso agora em análise pelo Supremo, o artigo 28 foi impugnado devido a sua incompatibilidade com os princípios e regras constitucionais que versam sobre a intimidade e a vida privada, uma vez que não pode o agente ser punido e ter sua conduta criminalizada em uma esfera pessoal por já está comprovado pelo Recurso Extraordinário citado, que a conduta de trazer consigo pequena quantidade de droga não atinge bens jurídicos de terceiros, quiçá, atingirá o agente.

Agora o que se discute em sede de Recurso Extraordinário na Suprema Corte é se as penas, ainda aplicadas àqueles que incorreram nas ações previstas no artigo 28 e aos usuários, desrespeitam ou não os parâmetros constitucionais de aplicação de penas, pois ao vislumbrarmos os princípios constitucionais, de um lado teremos o direito coletivo a saúde e de outro o direito à intimidade e a vida privada, ambos com suas particularidades e não estando sobreposto um ao outro.

A Constituição Federal determina taxativamente a criminalização de diversas condutas. Em seu artigo 5º, onde estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos, em específico, no inciso XLI, a lei assegura punição aos atos que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais. No inciso XLII, prevê a vedação às práticas de racismo, positivando que se trata de crime inafiançável e imprescritível. Ademais, no artigo 7, inciso X, assegura salários aos trabalhadores urbanos e rurais.

Ao analisar essa vasta gama de normas que garantem direitos e impõe deveres, verifica-se uma pesada carga normativa que objetivam a proteção de valores, traduzindo uma importante dimensão de direitos fundamentais. Assim, o “Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros” (MENDES, 2018)

Por outro lado, visando a proteção de determinados bens jurídicos, pode o Estado cometer excessos, principalmente nos tempos modernos, onde tudo é visto por todos, seja através de vídeos compartilhados em tempo real ou por mensagens trocadas instantaneamente, sendo cada vez mais comum que determinadas notícias se espalhem rapidamente e causem grande alarme na população em geral sem que seja verificada ou não sua procedência.

Em tempos assim, cada vez mais são criados tipos penais com a intenção de punir determinadas condutas sem que o legislador verifique a devida ponderação em criminalizar as condutas que ferem diretamente bens da vida de extrema importância. Giro outro, mais condutas de cunho moral são valoradas negativamente, atingindo pessoas por suas características pessoais e não com o fim no qual o direito se presta a servir.

A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contrariedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada.

Mister se faz ressaltar a importância dos princípios constitucionais que limitam o poder punitivo Estatal, sendo sempre necessário a análise do processo de criação de um novo tipo penal incriminador. Desta forma, o cidadão, quem se sujeita ao poder da lei, nunca poderá se esquivar do cumprimento da mesma. Por este motivo, deve-se estar atento para que, ao confeccionar determinado tipo penal não se desrespeite os mandamentos constitucionais aplicáveis ao direito penal.

De modo geral, o principal argumento utilizado contra a descriminalização das drogas para consumo pessoal baseia-se no discurso de que esta conduta coloca em risco todo o sistema de saúde e segurança públicas. Trata-se de um crime de perigo abstrato, não sendo necessário que a ação do agente se complete para ocorrer o cometimento do delito, o simples ato de portar a substância consigo já caracterizaria a conduta criminosa, nisto se resume um crime de perigo abstrato.

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental. (MENDES, 2018)

Neste passo, os crimes de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, seriam capazes de produzir efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico que seja digno da proteção do Direito Penal. Ainda que este perigo ou lesão não ocorra de fato, o crime existiria, não tendo que incorrer em todas as fases em que todo crime, por obrigatoriedade, deveria percorrer para ser considerada a ação criminosa.

Assim, o legislador formula uma presunção quase que absoluta a respeito da periculosidade de certa conduta em relação ao bem jurídico a que essa se destina a defender, de forma que aqui, o perigo não é concreto e sim abstrato; não sendo necessário que a lesão ou perigo venha de fato ocorrer, estando este consumado com a mera conduta descrita na lei penal.

Outrossim, é necessário estabelecer alguns conceitos sobre o recorrido tema afim de que se estabeleça uma melhor compreensão sobre o assunto, uma vez que é perceptível uma grande incompreensão dos leigos, os quais são movidos pelo senso comum e não comungam dos conceitos necessários para discorrer sobre o tema em debate.

Proibição, trata-se do estabelecimento de sanções criminais em relação à cadeia de produção de determinadas drogas, finda-se em proibir à produção, distribuição e a posse, em se tratando delas para fins medicamentosos ou científicos. O termo é amplamente utilizado pela ONU e o regime internacional de controle de drogas, assim como as legislações domésticas dos países nacionais que tratam sobre o tema. Ao se referir ao tema, “refere-se a políticas de drogas essencialmente estruturadas por meio de normas penais” (MENDES, 2018).

Pelo termo “despenalização”, podemos entender a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas de posse para fins de uso pessoal, bem como a relação a outras condutas de menor potencial ofensivo, sem com tudo que se afaste da criminalização. Este foi o modelo adotado pela atual Lei de Drogas em seu art. 28 da Lei 11.343 de 2006, objeto do Recurso Extraordinário 635659/ SP.

Descriminalização é um termo utilizado para descrever a exclusão das sanções criminais em relação à posse de drogas para o consumo pessoal. Isto não significa que tenha ocorrido legalização ou liberação de forma irrestrita da posse para o uso pessoal, de forma que a conduta continuaria censurada por meio de medidas de natureza administrativa.

Modernamente, visto a evolução da sociedade e descoberta dos benefícios de determinadas substâncias, é cada vez mais popular em muitos países com o apoio da ONU, a prática de políticas de redução de danos e prevenção de riscos, visando mitigar as consequências sociais negativas que decorrem do uso indiscriminado de drogas.

Redução de danos é um conjunto de políticas e práticas cujo objetivo é reduzir os danos associados ao uso de drogas psicoativas em pessoas que não podem ou não querem parar de usar drogas. Por definição, redução de danos foca na prevenção aos danos, ao invés da prevenção do uso de drogas; bem como foca em pessoas que seguem usando drogas. A redução de danos ganhou maior dimensão depois do reconhecimento da ameaça da disseminação do HIV entre e a partir de pessoas que usam drogas. Entretanto, medidas similares vinham sendo usadas por mais tempo e em outros contextos para uma série de outras drogas. A redução de danos complementa outras medidas que visam diminuir o consumo de drogas como um todo. É baseada na compreensão de que muitas pessoas em diversos lugares do mundo seguem usando drogas apesar dos esforços empreendidos para prevenir o início ou o uso contínuo do consumo de drogas. Também aceita o fato de que muitas pessoas não conseguem ou não querem parar de usar drogas. Acesso a um tratamento adequado para o uso de drogas é importante para pessoas que têm problemas com as drogas, mas muitas pessoas não têm acesso ou não consegue parar de usar. Além do mais, a maioria das pessoas que usam drogas não precisam de tratamento. Existe uma necessidade de prover pessoas que usam drogas com opções que minimizem os riscos de continuarem usando drogas e acabarem causado danos a eles próprios ou a outros. É, portanto, essencial a existência de informações, serviços e outras intervenções de redução de danos que ajudem as pessoas a se manter seguros e saudáveis. Deixar que as pessoas adoeçam ou morram por uma causa evitável, não é uma opção. Muitos daqueles que usam drogas preferem utilizá-las informalmente e “não clinicamente” para diminuir seu consumo de drogas ou pelo menos diminuir os riscos associados ao consumo (*ONLINE*,2019).

O que se busca a partir destas políticas é retirar a discussão do campo penal e repassá-la para o campo da saúde pública, processo que inclusive está em curso em diversos países desenvolvidos e em sede de experimentação em países da América Latina como o Uruguai.

Além da redução de danos, a descriminalização das drogas tem em todo mundo se mostrado extremamente eficiente para o crescimento econômico de determinadas regiões, como no caso da Califórnia, estado norte-americano, onde a maconha é descriminalizada e pode ser vendida com o devido controle de qualidade, como se um remédio fosse, gerando renda e um novo nicho de comércio ao redor do produto. Em relação ao Brasil, onde a substância é proibida, é possível observar uma diminuição no narcotráfico e até mesmo uma significativa redução do número de usuários consumidores do produto.

Mister destacar que a posse de drogas para uso pessoal pode deixar de ser crime no Brasil. No Recurso Extraordinário analisado, proposto pelo defensor público-geral de São Paulo, é questionada a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. O relator, ministro Gilmar Mendes, votou pelo provimento do RE no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 28 sem redução de texto, sob os seguintes argumentos, em resumo: 1) o uso de drogas geraria um dano privado, sendo, portanto, desproporcional tratá-lo como crime; 2) uma vezo uso se configura numa autolesão, o tratamento penal estaria também ferindo o direito ao livre desenvolvimento da determinação.

Para o ministro, deve ser afastada a natureza penal deste dispositivo, mantendo-se, as sanções ali descritas apenas com natureza administrativa. Até o momento acompanharam o voto do relator os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

Ainda que seja inadequado, em face de política criminal punir como crime (com ou sem pena) o ato de portar drogas para uso próprio, é competência que cabe ao legislador. Ou seja, não havendo previsão constitucional expressa vedando a possibilidade de criminalizar determinadas condutas, não compete o Judiciário fazê-lo, pois este é um espaço de conformação democraticamente estabelecido ao Congresso Nacional.

A provável declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas será mais um ativismo da Suprema Corte, realidade que não contribui para a consolidação da nossa democracia e o fortalecimento da nossa institucionalidade.

Mesmo o Supremo Tribunal Federal ainda não ter concluído o julgamento sobre a constitucionalidade de se tratar como crime a posse de drogas para consumo pessoal, uma juíza de Manaus declarou ser inconstitucional o artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Nessa vereda, a juíza Rosália Guimarães Sarmento, da 2ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes, se espelhou no voto do ministro Gilmar Mendes, relator do recurso extraordinário em questão.

Por enquanto, foram proferidos três votos. O ministro Gilmar Mendes [votou](https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas) pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso, sem especificação de drogas.

Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso votou somente para a descriminalização do porte de maconha e foi acompanhado pelo ministro Luiz Edson Fachin.

No caso julgado pela juíza de Manaus, três homens foram denunciados por tráfico e associação para o tráfico após serem flagrados com 19 gramas de maconha. Em seus memoriais escritos, o Ministério Público requereu a absolvição de um dos denunciados e a condenação dos outros agentes.

Ao sentenciar os réus, a juíza desclassificou a conduta dos dois réus argumentando que não há prova alguma de que a quantidade de droga apreendida era para traficar. Por isso, a juíza considerou o argumento de que a droga era para consumo pessoal.

Seguidamente, a juíza fez o controle difuso de constitucionalidade e declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

O dispositivo tratado foi editado para diferenciar o tratamento dado ao usuário e ao traficante. Pela leitura do artigo infere-se que, é crime a posse de drogas para consumo pessoal, mas sua pena é tratamento de saúde obrigatório, advertência verbal e prestação de serviços à comunidade. O artigo foi incluído na lei como uma política de desencarceramento de usuários de drogas.

Para a juíza, o dispositivo viola o princípio da proporcionalidade, porque descreve conduta idêntica entre o usuário de droga e o tráfico, não distinguindo a posição de traficante e de usuário.

A juíza cita também o entendimento do ministro Gilmar de que criminalizar a posse para uso fere o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

De acordo com o ministro,

"É possível assentar que a criminalização do usuário restringe em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão,em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade" (MENDES, 2015)

Assim, a declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, explicando que o controle de constitucionalidade é obrigação de todo magistrado, diante da primazia da norma constitucional no ordenamento jurídico vigente.

Em relação aos dois denunciados que não foram absolvidos, a juíza determinou a aplicação do parágrafo 7º do artigo 28, que, segundo ela, não possui natureza penal. O dispositivo supracitado determina o encaminhamento do agente para tratamento psiquiátrico ou ambulatorial, conforme a necessidade.

Deste modo, a juíza determinou expedição de ofício a uma clínica para que esta disponibilize tratamento especializado aos acusados, relativamente ao uso de dependência de drogas.

Colhe-se o seguinte enxerto da sentença:

Passando à análise da imputação feita pelo Ministério Público aos réus, no sentido da prática do crime de tráfico de drogas, é necessário consignar que o mesmo verbo: "TRAZER CONSIGO" pode configurar tanto o crime descrito no art. 33, quanto o descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Desta forma, não obstante a autoria delitiva ser induvidosa, mormente porque dois dos três acusados confessaram, em audiência, que a droga lhes pertencia, a controvérsia permanece hígida no que diz respeito à correta tipificação da conduta imputada aos acusados, à luz do que restou apurado nos autos. Nesse sentido, não obstante tenha sido encontrado em poder dos denunciados certa quantidade de substância entorpecente (19,40g de MACONHA), a versão por estes sustentada por ocasião de seus interrogatórios em Juízo, se afigura absolutamente plausível, diante de todas as circunstâncias que cercam a ocorrência apurada nestes autos. Preliminarmente, convém ressaltar que a pequena quantidade de maconha apreendida, menos de vinte gramas (menos de 20g) de maconha é perfeitamente passível de consumo pessoal, especialmente se o consumo for feito por mais de uma pessoa e, ainda, se indivíduo for usuário de substância entorpecente há muito tempo, porquanto, é público e notório que o consumo prolongado de drogas desenvolve a tolerância, cujo conceito será aqui transcrito para melhor compreensão desse fenômeno: Tolerância: ocorre quando o indivíduo precisa de quantidade cada vez maior da droga para sentir os mesmos efeitos que sentia antes. Pode-se dizer, no caso, que com a mesma dose da droga que usava antes a pessoa não consegue mais sentir seu efeito. Isso acontece, por exemplo, com aquele indivíduo que conseguia relaxar e dormir tomando um copo de cerveja toda noite, mas para quem agora apenas um copo de cerveja não é suficiente, e ele tem que tomar mais um copo para conseguir relaxar e iniciar o sono. (Disponível em: . Acesso em: 21 fev. 2019.) Portanto, se considerarmos o que foi dito em audiência de instrução e julgamento, teremos a seguinte dinâmica: os policiais receberam uma "denúncia" anônima no sentido de que havia uma motocicleta que estava sendo conduzida de modo a expor a perigo os transeuntes do local onde a mesma estaria circulando. Não havia qualquer referência a uma possível comercialização de drogas. A reclamação limitava-se ao risco que da direção perigosa significava para a população do entorno. Cumprindo o seu papel, a polícia militar deslocou-se ao local indicado pelos "denunciantes" e, de pronto, logrou êxito em avistar os denunciados que foram instados a estacionar a moto e, em seguida, foram revistados, em procedimento de rotina de qualquer abordagem policial. Durante a abordagem, todavia, fora encontrada certa quantidade de maconha e há divergência, entre as testemunhas, acerca do exato local onde a droga estaria acondicionada. A primeira testemunha afirmou que a droga estava no banco da motocicleta. Já a segunda testemunha afirmou que a droga estava com um dos réus, no meio de suas pernas, junto ao seu corpo. Diante da situação de flagrância, todos os três acusados (que estavam na moto) foram conduzidos ao Distrito Integrado de Polícia para as providências cabíveis. Tem-se, acima, a dinâmica completa (embora resumida) do que ocorreu, segundo as próprias testemunhas arroladas pelo Ministério Público, no dia da prisão em flagrante dos acusados desses autos. Portanto, em nenhum momento foi presenciado pela polícia qualquer ato que possa levar à crença de que a substância entorpecente, apreendida no momento do flagrante, destinava-se à comercialização ou a qualquer outro ato de colocação em circulação (conceito que melhor descreve o crime de tráfico) da droga apreendida. Ao contrário, todas as circunstâncias dos autos indicam que a versão sustentada, em uníssono, pelos réus é, no mínimo, plausível. Portanto, nesse momento processual de análise do mérito, é necessário registrar que a única prova incontestável que existe nesses autos é a de que os denunciados foram abordados após deslocarem-se em uma motocicleta em excessiva velocidade, colocando em risco a vida e a integridade física dos transeuntes da localidade onde foram abordados e, durante a revista pessoal, foi encontrada menos de 20g (vinte gramas) de maconha que os policiais não são unânimes quanto à exata localização, mas os réus são uníssonos em afirmarem que estava na posse direta do acusado e que essa mesma droga teria sido adquirida por ele e pelo primo de sua companheira, o acusado. Com o entendimento de que o tipo penal de tráfico comporta múltiplas condutas e não exige o animus lucrandi, o órgão de acusação costuma satisfazer-se com inquéritos nos quais exista a prova da materialidade e um flagrante lavrado em desfavor de um ou mais indivíduo (geralmente incluindo o art. 35 da Lei nº 11.343/2006 em casos de concurso de agentes) e, assim, os processos acabam sendo conclusos para sentença de mérito sem qualquer ato de investigação capaz de distinguir se o(s) indiciado(s) estava(m) portando a droga para o seu consumo pessoal ou para fins de narcotraficância. O fato de um réu qualquer responder a outro processo por tráfico de drogas e mesmo ser condenado por este crime, por si só, não pode, de maneira alguma, servir para um juízo condenatório no bojo de um processo no qual não foram produzidas provas concretas que atestem atos que ponham em circulação a substância entorpecente apreendida e submetida a exame pericial toxicológico.” (Autos 0602245-17.2018.8.04.0001. ESTADO DO AMAZONAS PODER JUDICIÁRIO Comarca de Manaus Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E., 21 de fevereiro de 2019).

A tese defendida nesta pesquisa encontra guarida também na decisão acima, senão vejamos:

Por todas as razões supra elencadas, DECLARO, POR SENTENÇA E EX OFFICIO, A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006, de modo a afastar do retromencionado dispositivo legal os efeitos jurídico-penais dele decorrentes que poderiam (caso não houvesse a declaração de inconstitucionalidade) alcançar os denunciados e Considerando, todavia, que o § 7º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não possui natureza penal, determino a expedição de ofício à Policlínica Governador Gilberto Mestrinho (avenida Getúlio Vargas, 341, Centro, Manaus/AM) para que disponibilize tratamento especializado aos nacionais supracitados, relativamente ao uso indevido ou dependência de drogas, nos termos dos artigos 20 a 26 da Lei nº 11.343/2006. Os denunciados deverão receber uma cópia do ofício (retromencionado) a fim de se identificarem e se apresentarem na Policlínica para recebimento de tratamento gratuito, nos termos previstos pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), de observação obrigatória pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS). Tendo em vista a importância da participação da família (bem como a sua responsabilidade solidária – nos termos do inciso IV do art. 19 da Lei nº 11.343/2006) no tratamento dos indivíduos que fazem uso indevido ou patológico (dependência) de drogas, determino a intimação de algum familiar dos acusados (o que for possível, de acordo com a documentação acostada aos autos, mas, com preferência para algum dos genitores) para que tomem ciência do teor da presente sentença e, desse modo, possam colaborar para o êxito do tratamento biopsíquico dos denunciados, acompanhando-os à Policlínica, conforme determinado nesta sentença. Com relação ao denunciado ABSOLVO-O, nos termos do inciso V do art. 386 do CPP, por não haver, quanto a ele, prova de autoria. Em razão do conteúdo da presente sentença, deixo de determinar a remessa dos autos a uma das varas do Juizado Especial Criminal (JECRIM) desta Comarca de Manaus, determinando, todavia, o ARQUIVAMENTO desses autos tão logo sobrevenha o trânsito em julgado da presente sentença. (Autos 0602245-17.2018.8.04.0001. ESTADO DO AMAZONAS PODER JUDICIÁRIO Comarca de Manaus Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E., 21 de fevereiro de 2019).

Excluído o crime do art. 28 da Lei de Drogas, o atual quadro normativo é satisfatório. O tráfico continuará a ser tratado crime e as drogas encontradas serão apreendidas.

Por sua vez, os usuários não dependentes serão responsabilizados pelos danos e riscos que causarem a terceiros; desde que o dependente químico ou o usuário eventual de drogas a ninguém incomode. Caso haja reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 pelo supremo, os cidadãos que não importunam terceiros viverão em paz.

**CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Manual de Direito penal**: parte geral. 3. Ed. Rev., atual. E ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DMITRUK, Hilda Beatriz (Org.). **Cadernos metodológicos**: diretrizes da metodologia científica. 5. ed. Chapecó: Argos, 2001.

GEHRING, Marcos Roberto. **Drogas, violência e políticas sociais: estudo de uma comunidade terapêutica** / Marcos Roberto Gehring. – Marília, 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, 2014.

GRECO, Rogério.**Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ª ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

**O Brasil tem papel fundamental na criminalização da erva no mundo. Primeiras leis miravam escravos e negros libertos**. São Paulo - SP, 30 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-proibicao-da-maconha-e-racista/>>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** – 21. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Legitimação Versus Deslegitimação Do Sistema Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: **Parte General – Fundamentos**. La estructura de la Teoria del Delito. Tomo I. Traducción de la 2ª ediciónalemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson Civitas, 2003.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**: RE 635.659 SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Publicação: 19/08/2015.

**Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. São Paulo-SP, 03 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11.
ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.