



DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – RE 635.659/STF

Gabriela França LIMA¹
Marcus Vinicius Aquotti FELTRIN²

RESUMO: Desde os primórdios a humanidade já consumia substâncias psicoativas para diversas finalidades. Com a globalização e a expansão das cidades, a população passou a consumir em grande escala tais substâncias, tornando-se um sério problema para toda a sociedade, haja vista que, para financiar o consumo a criminalidade e os problemas de saúde pública aumentam. O combate à produção e ao uso das drogas no Brasil iniciou-se com a adoção das Ordenações Filipinas, desde então até os dias atuais busca-se uma repressão. O presente trabalho, busca apresentar os principais argumentos em relação a descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal e as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Descriminalização. Drogas. Porte. Usuário.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva apresentar a política criminal aplicada no Brasil frente ao combate contra às drogas, um problema social, de segurança e saúde pública, que afeta a economia do país. O foco principal deste, é apresentar os principais argumentos sobre a descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal e uma análise do Recurso Extraordinário n. 635.659/STF, acontecimento atual e histórico.

Assim, pretende-se abordar no primeiro capítulo a criminalização do porte de drogas para o uso, abordando o art. 28 da Lei de Drogas os princípios da insignificância e da transcendentalidade em relação ao porte de drogas, e a constitucionalidade do referido artigo. Por se tratar de uma assunto polêmico e divisor de opiniões, se faz relevante fazer uma distinção entre modelos proibicionista,

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, e-mail: gabriela-lima@toledoprudente.edu.br.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002), e-mail: marcusvinicius@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

descriminalizador e da legalização sobre as substâncias entorpecentes e seu tratamento perante o Estado.

No segundo e último capítulo, almeja-se tratar sobre a descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal e o RE 635.659/STF, versar sobre o tratamento da temática em outros países, buscando comparar com a situação atual do Brasil.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS

As drogas trata-se de um problema mundial que afeta a vida de toda a sociedade contemporânea, estas financiam o crime e a violência causando grandes impactos sociais e econômicos. Motivo que enseja o combate e a criminalização das substâncias psicoativas ilícitas. Entende-se por drogas “as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (LIMA, 2018, p. 974). Ainda, buscando uma definição, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, o termo drogas pode ser utilizado a toda substância que, pela sua natureza química tem a propriedade de alterar e afetar a estrutura no funcionamento do organismo, causando modificações no estado mental.

Estudiosos demonstram que o assunto em questão é multidisciplinar, para descobrir a melhor forma de combater a criminalidade voltada às drogas, se faz necessário um estudo aperfeiçoado possuindo como base diversas matérias, como, psicanálise, sociologia, medicina, farmacologia, além do direito. Os estudos sobre as “drogas são profundamente limitadas às avaliações exegéticas, meramente descritivas, das leis em vigor, normalmente a partir da técnica dos comentários de artigos e das variações jurisprudenciais” (CARVALHO, 2016, p. 36). A primeira aparição de punição no ordenamento jurídico brasileiro sobre as substâncias entorpecentes deve-se as Ordenações Filipinas que evoluíram até o momento presente, a política criminal aplicada no Brasil apresenta uma estrutura repressiva e punitiva objetivando o combate ao consumo e venda de drogas.

A Lei n. 11.343/06 passou a levar em conta o Princípio da Proporcionalidade, apresentou o conceito, tratamento dos dependentes químicos, prevenção e a proibição dos entorpecentes em todo o território nacional. Uma inovação que ocorreu com a vigência da lei, foi o tratamento diferenciado e especial

para os usuários de drogas. Contudo, apesar de não haver uma pena restritiva de liberdade imposta, aos usuários são aplicadas as medidas sócio educativas, prestação de serviços à comunidade e advertência sobre os efeitos das drogas.

2.1 A diferença entre a legalização, descriminalização e proibição

Por se tratar de um assunto polêmico e de grande importância, se faz necessário fazer a distinção entre os termos da proibição, legalização e descriminalização frente às drogas.

Assim como o Brasil, vários países adotam este modelo e são participantes da Convenção da Organização das Nações Unidas – ONU sobre as drogas. A respeito da proibição, Rabelo (2018, p. 76), explica:

O modelo proibicionista, baseado na interdição total de determinadas substâncias e no uso do direito penal como meio de coerção, passou a fazer parte de um direito penal simbólico que é influenciado por um discurso punitivo adotado pelas autoridades políticas, que defende o aumento da atuação repressiva como meio de atingir a segurança pública.

A atual Lei n. 11.343/06, prevê que produzir, vender e portar drogas, em qualquer quantidade, é crime. A prática desta conduta poderá ser punida com pena de restrição de liberdade e multa, a conduta relacionada ao consumo pessoal enseja ao cumprimento de penas mais brandas, medidas socioeducativas, advertências sobre o uso e prestação de serviços à comunidade. Esta política proíbe a conduta quando praticado uma das elementares do tipo penal, sendo que, quando comprovado que seu uso terá fins exclusivamente religiosos, científicos ou medicinais poderá ser realizada a compra e venda da substância entorpecente desde que autorizada judicialmente. Ocorre que atualmente o consumo e o comércio de substâncias entorpecentes tem aumentado significativamente, sendo necessário que o Estado adote alguma medida satisfativa. “O fracasso das políticas públicas ensejou uma incoerência entre os princípios basilares do direito penal (sobretudo, o da Lesividade) e a criminalização do porte de drogas para uso pelo legislador.” (SANVEZZO; PRADO, 2016, p 15).

A descriminalização foi a saída adotada por alguns países da Europa e da América Latina, visando reduzir danos para os dependentes e usuários através de campanhas promovendo a prevenção e o combate à oferta. Esta medida, tende a

coibir apenas o consumo, produzindo efeitos sob a sociedade. O ato deixa de ser tipificado como crime. Importante mencionar, que não mais será punido na esfera penal, no entanto, o indivíduo que não se adequar às regras suportará as sanções como multas, frequência em cursos de reeducação e prestações de serviços comunitários, haja vista que, pode ser considerado um ilícito civil ou administrativo.

Neste sentido, Ribeiro (2012, p. 117 e 118), explica:

A atual referência em política de drogas é o modelo português, que adotou a estratégia de retirar a infração do controle penal e transformá-la num ilícito administrativo, ou como foi designada de mera ordenação social, ou contra-ordenações, que se situa no campo administrativo-penal. As drogas foram mantidas na ilegalidade, mas não na criminalidade. Esse novo enquadramento legal possibilitou a implantação de todo um conjunto de novas medidas com abordagens mais tolerantes, possibilitando o estabelecimento de vínculos com os usuários dessas substâncias e mantendo o controle formal sobre sua utilização, portanto, sem afrontar as Convenções Internacionais das quais Portugal também é signatário;

A descriminalização pode ser feita mediante uma alteração legislativa ou através da interpretação judicial, resultante das decisões prolatadas pela justiça por meio sentenças, acórdãos, e súmulas, ou seja, pode ocorrer por várias formas. Segundo Luís Flávio Gomes (2011, p. 130 e 131):

Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis*; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial).

No Supremo Tribunal Federal, está havendo uma discussão se há ou não a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), ao final do julgamento se assim for declarado ocorrerá a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Ainda, tratando da distinção dos termos, uma conduta pode ser descriminalizada, ou seja, alguns atos deixam de ser tipificado como crime, perdendo assim o seu caráter criminal. Quanto a legalização, “o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011, p. 131). O ato perde totalmente seu caráter criminal e, além disso, passa a ter uma inclusão legislativa para tratar sobre o assunto, a conduta passa a ser permitida por meio de

uma lei. Assim, o governo estabelece regras e impõe restrições de idade, locais, horários e também exige autorização para comercializar. A legalização é adotada em alguns estados do Estados Unidos, Uruguai e Canadá, estes regulamentam a prática, restrições e condições, e instituem punições para aqueles que não cumprirem as regras. Importante mencionar que não se pode confundir legalização com liberalização, pois o primeiro controla o acesso e o consumo, exigindo cumprimento das normas estabelecidas, enquanto a liberalização é totalmente ao inverso, o que acarretaria graves problemas à sociedade.

A legalização afeta toda a estrutura da comercialização das drogas, pois com a permissão, haveria regulamentação para a compra e venda, evitando a criação de mercados ilegais. Neste sentido:

Em diversos países, a exemplo da Espanha, Portugal, Itália, Argentina, México e Colômbia, a legalização das drogas já é realidade, apresentando resultados positivos em praticamente todas as nações que a adotaram. Defender a legalização da produção e comercialização não significa fazer apologia ao uso de drogas. Ao contrário, pode funcionar como prática de combate e conscientização, vez que, desta forma, todo o dinheiro investido para manter a proibição poderia ser revertido no financiamento de campanhas educativas⁹. Os países que nas últimas décadas desenvolveram políticas inovadoras para enfrentar a questão do consumo de drogas ilícitas fundamentaram-se tanto na despenalização e descriminalização do usuário quanto na política de redução de danos. Esta, consiste na estratégia que percebe o dependente como pessoa que precisa ser auxiliada, ao invés de tratá-lo como criminoso que deve ser castigado, considerando, então, o consumo de drogas como questão de saúde pública (PEREIRA; JESUS; BARBUDA; SENA; YARID, 2013, p. 3).

A legalização é adotada em vários países em relação ao tabaco e ao álcool, com restrições, não sendo permitido a venda para menores de idade, proibindo o uso em determinados locais. Existe ainda, muitos embates sobre o assunto, parte dos juristas afirmam que a descriminalização seria uma boa medida a ser adotada para reduzir os danos, porém, outros sugerem que não.

2.2 Art. 28 da lei de drogas e os princípios da insignificância e transcendentalidade ou alteridade em relação ao porte de drogas para uso pessoal

Com a substituição da Lei de Drogas n. 6.368 de 21 de Outubro de 1976 pela atual Lei n. 11.343 de 23 de Agosto de 2006, a qual trouxe mudanças

significativas no que tange a crimes relacionados às drogas, como a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD com o objeto de prevenir o uso indevido, reinserção social de usuários e dependentes de drogas, reconhecer as diferenças entre o usuário, dependente e o traficante, tratando-os de forma diferente. Mas a principal mudança inserida, ocorreu no o art. 28 da referida lei que não mais comina a pena de prisão para o indivíduo que porte drogas para o consumo pessoal, a este é dado tratamento especial. Antes aquele que cometia a conduta descrita neste texto legal, era responsabilizado com pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Atualmente, a posse de droga para o consumo pessoal não está mais sujeita à pena privativa de liberdade, apesar de estar prevista no Capítulo III, do Título III, “dos crimes e das penas” da lei de drogas, deixou de ser considerado “crime” formalmente, mas continua sendo uma conduta ilícita, uma infração *sui generis*, ao usuário de drogas poderá ser imposta pelos Juizados Criminais, a pena privativa de direitos, aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. A Lei de Drogas “aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente ‘crime’ (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito)” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011, p. 131 e 132).

Por consumo pessoal, deve ter a seguinte interpretação, o próprio indivíduo é quem faz uso da droga. Trata-se de um crime doloso. Se por algum motivo ficar comprovada que a conduta do agente não era somente a prevista no art. 28, poderá a ele incidir o crime de tráfico de drogas ou fornecimento eventual de drogas para uso em conjunto. Se as elementares do tipo penal não estiverem presentes e ocorrer a mera conduta de fazer o uso a droga, sem que fique comprovado que anteriormente o agente a adquiriu, guardou, teve em depósito ou trouxe consigo ilegalmente, a conduta será considerado um fato atípico. Ainda que, “o infrator confesse judicialmente ter usado a droga, ou se testes laboratoriais o comprovarem, sem a apreensão do objeto material e a demonstração de que uma das condutas típicas foi realizada, o sujeito não poderá ser punido” (SILVA, 2016, p. 53).

Para a configuração do crime exige-se que tenha a droga consigo em pouca quantidade, além do requisito de ser para consumo pessoal. Verifica-se que a própria lei não dispôs sobre a quantificação, mas estabeleceu vários critérios para esclarecer se a droga se destinava ao consumo pessoal ou se possuía outra finalidade. Natureza e quantidade da substância entorpecente ilícita, é importante

saber se a natureza da droga apreendida é considerada “pesada” ou “leve”, entende-se como “leve” apenas a *cannabis*, a quantia deve ser para o consumo diário, ou seja, não pode ter estoque pois pode caracterizar tráfico de drogas. O local da apreensão e as condições da prisão, caso o local da apreensão seja um ponto de comercialização ilícita de drogas dificilmente será a conduta do agente será identificada como porte de drogas para consumo pessoal, haja vista que, além desses critérios, são levados em conta a conduta e os antecedentes do agente. “A quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011, p. 173). Decorrente a isso, é que as circunstâncias sociais e pessoais são dados importantes para a condenação ou não, trata-se do *modus vivendi* do agente.

Entende-se que o Princípio da Insignificância trata-se de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material, ou seja, embora sejam condutas formalmente típicas, não apresentam relevância para o Direito Penal por não ser algo lesivo a sociedade. Consequente as várias decisões dos Supremos Tribunais, entende-se que cabe a aplicação do princípio referido quando a quantidade de drogas encontrada em poder do réu for ínfima, irrelevante. Importante mencionar que antes da lei vigente, a lei revogada, previa pena de detenção para os agentes que cometessem este delito, diante disso, o principal argumento utilizado pela defesa era a aplicação do Princípio da Insignificância, “pois muitas vezes a aplicação da referida sanção era desproporcional diante da quantidade ínfima que o agente portava” (VIEGAS apud MENDONÇA; CARVALHO, 2014, p. 46). No STF – Supremo Tribunal Federal, há várias discussões sobre o tema, a maioria daqueles que ocupam cadeira da corte, entendem que a jurisprudência precisa evoluir e criar critérios objetivos para diferenciar o indivíduo que porta drogas para o uso pessoal daquele que porta drogas (ainda que em quantidades mínimas) para vender, a fim de financiar seu vício.

Neste sentido, a jurisprudência, explica:

DROGAS. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA BAGATELA. INAPLICABILIDADE. Não se aplica o princípio da insignificância à hipótese do art. 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que tal diploma não se destina a proteger apenas a saúde do usuário de drogas, mas o bem estar de toda a coletividade e a saúde pública, os quais se encontram em perigo com a circulação de tais substâncias. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70051271534, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 06/02/2013).

Ainda sobre os entendimentos da jurisprudência, o Ministro Relator Celso de Mello tem entendido que:

Crime Militar - Entorpecente - Posse - Uso Próprio - Quantidade Ínfima - Princípio da Insignificância (Transcrições). EMENTA: "HABEAS CORPUS" IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CRIME MILITAR (CPM, ART. 290). QUANTIDADE ÍNFIMA. INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar "habeas corpus", originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar.** Precedentes. HC – 94809 – 30.05.2008. Rel. Min. Celso de Mello. (*Grifo nosso*).

Pelo Princípio da Transcendentalidade ou Alteridade, é vedado a incriminação de atitude em que o dano provocado afetará somente a própria pessoa, ainda que a conduta seja considerada imoral, revelando-se incapaz de atingir o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, “A transcendentalidade da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011 p. 145). Quanto aos crimes relacionados às drogas, se o indivíduo que recebe a substância ilícita e faz o uso imediatamente, essa prática não poderá ser considerada crime, assim poderá ser aplicado o princípio referido.

Por essa via, tem se posicionado Luís Flávio Gomes (2002, p. 62, 63):

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

A Lei de Droga objetiva coibir o perigo social, evitando a comercialização ilícita de substâncias entorpecentes, pois essa prática pode gerar vários danos a sociedade, como, o aumento da criminalidade. Mas, quanto ao uso de drogas a atitude produz efeito somente contra a própria saúde, sem afetar terceiros.

2.3 A (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal

Acerca do tema, sempre houve muita discussão. Mas com a vigência da Lei n. 11.343/06, o assunto tomou maior proporção, haja vista que, a lei anterior previa para o usuário de drogas pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, a norma vigente prevê um tratamento diferenciado, impondo medidas alternativas à prisão. Existe o entendimento que o artigo 28 da Lei de Drogas é inconstitucional pois, segundo a Lei de Introdução ao Código Penal, considera-se crime aquele que a lei comina pena de detenção ou reclusão. Portanto, afirma-se que “a posse de droga para o consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser ‘crime’ do ponto de vista formal” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011, p. 132), passando a ser considerada uma contravenção penal.

A política criminal imposta para controlar o uso de drogas no Brasil, não teve sucesso. Apesar da despenalização houve um aumento significativo de usuários dependentes, as prisões passaram a ficar superlotadas, pois os indivíduos por necessidade passaram a vender drogas a fim de financiar o vício. O fundamento da inconstitucionalidade se pauta na violação ao Princípio da Transcendentalidade, uma vez que o comportamento previsto no tipo não transcende a sua intimidade e privacidade, outra violação ocorre com o Princípio da Ofensividade, visto que, não há lesão ao bem jurídico tutelado, por está razão é possível afirmar que “essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal seria incompatível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade” (LIMA, 2018, p. 983).

O embaraço principal forma-se pela seguinte afirmação que a conduta tipificada deve ser punida por causar lesão a si mesmo, afetando a sua saúde. Diante desta, estaria em desacordo com a Constituição Federal, considerando-se que o

direito não pune a autolesão. Ocorre que para muitos, o bem tutelado é a saúde pública e não a do usuário. “De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício” (LIMA, 2018, p. 984). Percebe-se que se trata de um assunto delicado e polêmico, o qual ainda será analisado e julgado perante o Supremo Tribunal Federal (RE 635. 659).

3 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS

A política criminal brasileira aplicada ao combate às drogas não trouxe resultados positivos, obviamente a proibição é necessária para que a situação não saía totalmente do controle do Estado, porém, deve ser levado em conta que o número de usuário de drogas e de dependentes químicos de substâncias entorpecentes ilícitas tem aumentado significativamente, junto ao crescimento desta, ocorreu também o aumento da criminalidade voltada a prática de roubo, furto e tráfico de drogas (ainda que em pequenas quantidades a fim de financiar o vício pessoal), logo, a política de repressão não surte o efeito esperado.

Tanto o Estado quanto a sociedade deveriam em conjunto desempenhar o papel de prevenir o consumo de drogas, tratar de forma adequada e eficaz os dependentes, e o principal, criar estrutura especializada para combater o tráfico de drogas. Verifica-se através da estatística produzida pela Polícia Federal em conjunto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (vide anexo 1) que nos últimos anos a quantidade de drogas apreendidas tem expandido, resultando na propagação do crime de tráfico de drogas, gerando insegurança pública e lesionando à saúde pública.

Doutrinadores explicam que o art. 28 da Lei de Drogas foi despenalizado, haja vista que, continua dentro do Capítulo III, Título III, “dos crimes e das penas” mas é sancionados apenas com medidas alternativas à prisão, segundo Luís Flávio Gomes (2011, P. 130):

Houve a descriminalização “formal”, ou seja, a infração já não pode ser considerada “crime” (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização.

Diante desta afirmação, conclui-se que apesar de ter havido a descriminalização “formal” do tipo penal, o Estado deveria implantar um sistema de educação e prevenção, evitando assim o uso, haja vista que, os magistrados e membros da corte não tem pré-estabelecido a quantidade específica para caracterizar o porte de drogas para o consumo pessoal, e, em muitos julgamentos é possível verificar que há a violação ao Princípio da Igualdade e também ao Princípio da Proporcionalidade. Isto posto, a melhor solução no momento presente seria adotar a descriminalização substancial, que consiste em “afastar o caráter criminoso do fato e o legalizar totalmente” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011, p. 131).

3.1 Tratamento do usuário e dependente de drogas

O tratamento do usuário e dependente de drogas deveria começa a partir da prevenção, pois o indivíduo que está na situação de dependência terá um distúrbio difícil e complexo para tratar. Muitos programas de prevenção criado pelo Estado, são mal planejados e antigos, é necessário uma boa assistência para que o usuário-dependente seja reabilitado. Além disso, o tratamento deve ser visto de maneira diferente, muitos usuários sentem medo ou apenas recusam. A maioria procura a assistência médica por receio de serem presos ou quando percebem que seus amigos estão morrendo por conta do uso excessivo das drogas. Sobre a abordagem médica ao tratamento que exige hospitalização, Jesse B. Milby (1988, p. 167), explica:

Frequentemente, os pacientes são encaminhados aos programas de tratamento médico de dependência de drogas por clínicos que estão tratando de distúrbios ligados à dependência de drogas, como hepatite e abscessos na pele. Todavia, o tratamento de doenças relacionadas à dependência de drogas não deve ser confundido com intervenção centrada na mesma.

A dependência de drogas trata-se de um problema social. Vejamos, o local onde estarão disponíveis, o tipo de droga, são fatores que influenciam. Diante disso, é correto afirmar que “uma sociedade na qual haja a manutenção de padrões de privação à grande maioria dos indivíduos, das condições que são oferecidas para um outro grupo de indivíduos que dominam os anteriores, está fadada ao desaparecimento” (LIMA apud FREUD, 2001, p. 132).

A Lei n. 11.343/06 em seu art. 28, §7º, dispõe que o dependente de drogas tem direito a tratamento médico gratuito. Durante a prolação da sentença, o

juiz poderá colocar “à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (§7º)” (SILVA, 2016, p. 60). A Lei de Drogas, instituiu o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, compete a este, apresentar medidas de prevenção do uso indevido de substâncias entorpecentes ilícitas, bem como tratamento visando a reabilitação e a reinserção social de usuários e dependentes. Além dessas medidas apresentadas, o SISNAD, tem promovido a campanha Concurso de Cartazes, realizada em escolas brasileiras com os alunos dos anos iniciais, como forma de conscientização e prevenção ao uso de drogas.

3.2 Recurso extraordinário n. 635.659

No presente momento, no Supremo Tribunal Federal discute-se acerca constitucionalização ou não do art. 28 da Lei n. 11.343/06 e quanto a descriminalização ou não do porte de drogas para consumo próprio. O foco principal do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, é a questão social e a saúde do indivíduo, pois este problema não deve ser tratado com força policial e sim com tratamento adequado e com profissionais capacitados. O objetivo da descriminalização não é liberação sem controle sobre o uso de qualquer substância entorpecente ilícita, mas sim limitar a substância autorizada e também a quantidade. Haja vista que, isso produzirá efeitos no mercado ilegal de drogas. Uma decisão como está, deve sempre comparar com a realidade de outros países, como é o caso de Portugal, que em 2001 aprovou a Lei 30/2000 e descriminalizou o uso de drogas para o consumo pessoal, importante mencionar que não se trata de legalização e sim de descriminalização, onde a contravenção passa a ter caráter social, e não mais criminal. Os efeitos gerados a partir da descriminalização no mencionado país foram, a queda do número de mortes causadas por overdose e o consumo se manteve estável.

Muitos justificam que não deve ocorrer a descriminalização, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública, neste viés, o art. 28 da Lei de Drogas não é considerado inconstitucional. Ocorre que, a própria OMS, elenca “a criminalização do usuário como uma das maiores causas globais de discriminação no acesso à saúde” (APOLINARIO, 2019). Muitos países em todo o mundo já adotaram esta medida, que por sinal é preventiva.

Quanto ao Recurso Extraordinário em curso, até o momento presente, foram proferidos apenas três votos, sendo eles dos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. O primeiro mencionado, votou pela descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, afirmando que o art. 28 da Lei n. 11.343/06 desrespeita as garantias constitucionais, portanto, trata-se de um artigo inconstitucional, importante mencionar que este ministro não fez restrição quanto às drogas a serem autorizadas para uso próprio. Os Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, votaram a favor da descriminalização em relação exclusivamente a *cannabis* (maconha), por entender que se trata de uma droga considerada “leve” e que não gera graves problemas à saúde, e também, acredita que com a descriminalização da maconha, o tráfico sofrerá o efeito.

Neste sentido, Barroso (2015, p.3), explica:

a guerra às drogas fracassou. [...] E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo. Insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. [...] É preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. Olhar o problema das drogas sob a ótica do primeiro mundo é viver a vida dos outros. Lá, o grande problema é o usuário. Entre nós, este não é o único problema e nem sequer é o mais grave. Entre nós, o maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. E este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude.

Contudo, como já explanado, há a necessidade de investimentos para que assim possa promover a prevenção efetiva e também mudanças na política pública sobre drogas, a fim de tratar o problema como uma questão social e não mais no âmbito penal.

3.3 A tendência da política criminal estrangeira sobre o assunto

Trata-se de um problema mundial o combate a drogadição. Visto que a cada dia tem um aumento significativo na criminalidade decorrente às drogas. Por este motivo, alguns países tomaram uma importante decisão, Cortes Supremas da Argentina descriminalizaram a posse de droga para uso pessoal, na Causa 9.080 e em outras, em 25 de agosto de 2005, após provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecentes para uso pessoal, passando a autorizar o consumo apenas por pessoa adulta. Esta atitude

segue uma tendência mundial, posto que, vários países como o México, Colômbia, Costa Rica, Peru, Jamaica, entre outros que adotaram a medida. Antes da descriminalização, o crime tido como de perigo abstrato foi debatido por vários anos, o Caso “Bazterrica” (L.L 1986-D, 550), anulou a lei que dispunha sobre o porte de drogas para consumo pessoal.

Sobre esse embate, Gustavo Aboso e Sandro Abralde (2002, p. 18), explicam:

Esta monolítica exégesis -la de direito de peligro abstracto- fue puesta em crisis em el célebre caso “Bazterrica” (L.L. 1986-D, 550), em doende se declaro la inconstitucionalidade del otrora art. 6º de la ley 20.771, predecessora inmediata de la actual ley de estupefacientes. El art. 6º reprimía la simple tenecia de estupefacientes destinada para el consumo personal.

Entretanto, a discussão não se encerrou, com a incidência de novos casos na Corte argentina, o principal fundamento utilizado era que consumo pessoal de substâncias ilícitas colocava em risco valores morais, familiares e a humanidade como um todo, pois transcendia a terceiros. A Corte não deu provimento aos argumentos utilizados, neste sentido:

La argumentación fue descalificada por la Corte, al considerar que dicha tenência de estupefaciente se trataba de um delito de peligro abstracto y resultaba indiferente la cantidad de substancia secuestrada, ya que dicho peligro subsistia em tanto ella conservara sus cualidades y fuese apta para su consumo por parte de terceiros. (ABOSO; ABRALDES, 2002, p. 18).

No caso Arriola e em outros da Corte Constitucional argentina, “o recorrente sustentou que o tipo penal previsto no art. 14, §2º, da Lei 23.737/1989, na medida em que reprime a posse de drogas para consumo pessoal, seria incompatível com o princípio de reserva contido no art. 19 da Constituição argentina” (GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011, p. 146). Apesar da decisão proferida, a substância entorpecente continua proibida, mas o porte para o consumo pessoal passou a ser permitido, desde que tenha em sua posse pequena quantidade, com fundamento de que o consumo não afeta terceiros, e assim, privilegia a autonomia pessoal do indivíduo frente a atividade regulamentadora do Estado.

4 CONCLUSÃO

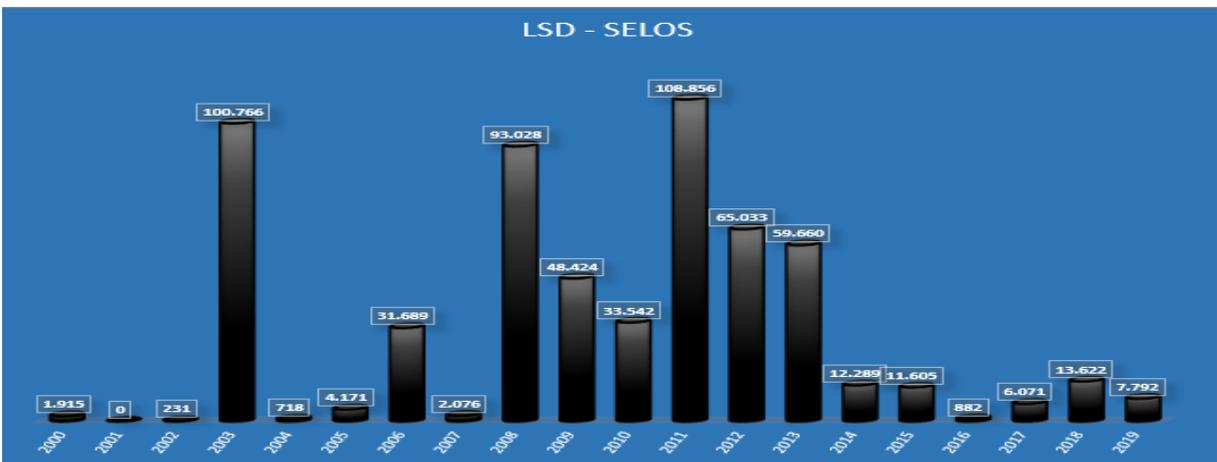
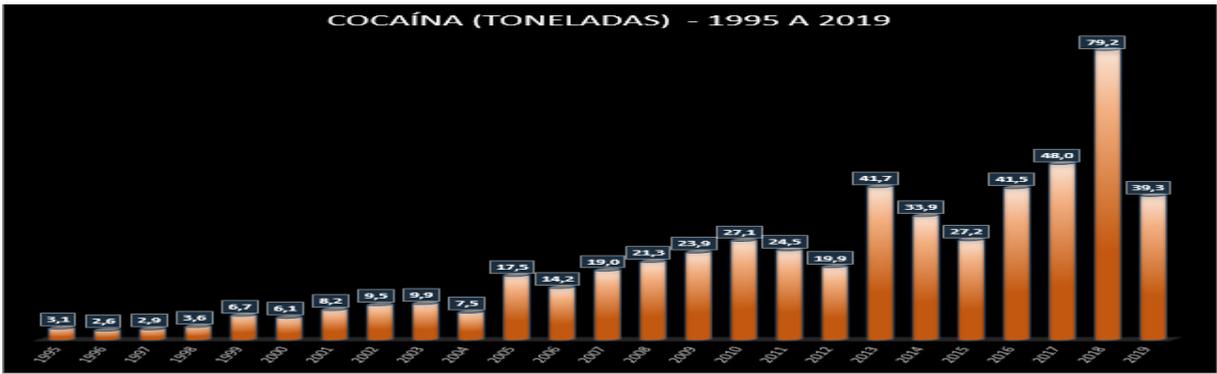
Em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que, diante da política criminal aplicada ao Brasil, a Lei de Drogas não se faz eficiente, apresentando várias falhas, resultando em situações que somente agrava-se o problema. A repressão e a punição imposta, dificulta a prevenção e a conscientização da sociedade. Diante disso, a descriminalização de substâncias entorpecentes consideradas “leve”, como é o caso da *cannabis*, se mostra uma escolha adequada visto às circunstâncias para a resolução do problema. Existem malefícios se tomada esta decisão, porém, os problemas enfrentados atualmente são piores, as prisões estão com superlotação, haja vista que, a criminalidade tem aumentado significativamente em razão do financiamento do vício, a comercialização das drogas passaria a ter uma fiscalização e assim o Estado conseguiria controlar valores e quantidades autorizadas para o consumo diário.

Outrossim, os fundamentos apresentados mostra que para grandes doutrinadores, o artigo 28 da Lei n. 11.343/06 apresenta uma inconstitucionalidade pois viola os Princípios da Transcendentalidade e Alteridade. Como demonstrado, o assunto está em fase de discussão no Supremo Tribunal Federal, mediante o Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, ocorre que três Ministros da referida corte já apresentaram seus votos, um pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, e os demais votaram pela descriminalização do porte da maconha.

Portanto, findo o presente, ressaltando que se faz necessário o investimento em campanhas e projetos buscando a prevenção do uso de drogas, não somente para as crianças dos anos iniciais, mas também para toda a sociedade. Além da prevenção, o tratamento de usuários e dependentes de drogas necessita de investimento, como a capacitação de profissionais e de infraestrutura capaz de receber esses indivíduos para que estes consigam alcançar a reabilitação efetiva.

ANEXO 1

Pesquisa realizada pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2019) apontado em gráfico a quantidade (em toneladas) de drogas apreendidas desde o ano de 1995 a maio do ano de 2019.



Fonte: <http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/drogas#wrapper>. Acesso em: 03 de Setembro de 2020.

REFERÊNCIAS

- ABOSO, Gustavo; ABRALDES, Sandro. **Estupeficientes: régimen penal y legislación complementaria**. Buenos Aires: Editora La Ley, 2002.
- APOLINARIO, Henrique. **A criminalização do consumo de drogas: um erro histórico que finalmente poderá ser consertado**. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/05/a-criminalizacao-do-consumo-de-drogas-um-erro-historico-que-finalmente-podera-ser-consertado/>. Acesso em: 03 Setembro 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **RE 635.659 – Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Anotações para voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 03 Setembro 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 508**. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 01 Setembro 2020.
- BRASIL. Polícia Federal e Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Estatística de Drogas Apreendidas - Atualizados até maio/2019**. 2019. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/drogas#wrapper>. Acesso em: 03 Setembro 2020.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/>. Acesso em: 20 Agosto 2020.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de drogas comentada, Lei 11.343/06, de 23.08.2006**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 6ª Edição. Revista ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2018.
- LIMA, Sérgio Alves. **A clínica do possível: Tratando de dependentes de drogas na periferia de São Paulo**. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo, 2001.
- MILBY, Jesse B. **A dependência de drogas e seu tratamento**. Tradução de: Silvio Moratto de Carvalho. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.
- PEREIRA, Luma Costa; JESUS, Isabel Silva de; BARBUDA, Ayana de Souza; SENA, Edite Lago da Silva; YARID, Sérgio Donha. **Legalização de drogas sob a**

ótica da bioética da proteção. Rev. Bioét. (online). 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a21v21n2.pdf>. Acesso em: 31 Agosto 2020.

RABELO, Thalita Bianca Sousa. **Processo penal simbólico e audiência preliminar no caso de usuários de drogas da cidade de Salvador: pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais.** Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26498/1/Thalita%20Bianca%20Souza%20Rabelo.pdf>. Acesso em: 20 Agosto de 2020.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais.** Tese de Doutorado – Faculdade de Direito de São Paulo (USP). 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032013-141828/publico/TESE_COMPLETA_PDF_MAUROIDES_DE_MELO_RIBEIRO.pdf. Acesso em: 26 Agosto 2020.

SANVEZZO, Jéssika Medina; PRADO, Florestan Rodrigo do. **Política de drogas no Brasil: a descriminalização e o uso medicinal do Cannabidiol frente ao artigo 28 da Lei 11.343/2006.** 2016. Revista Intertemas. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5723>. Acesso em: 26 Agosto 2020.

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

VIEGAS, Marcela Walcacer. **A aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343 de 2006.** Monografia (Graduação) – Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6075/1/21012083.pdf>. Acesso em: 01 Setembro de 2020.