

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS SOB UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Jéssica Thais Colaço dos Santos

**Curitiba/PR
2016**

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS SOB UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Jéssica Thais Colaço dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Israel Rutte.

**Curitiba/PR
2016**

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Prof. Me. Israel Rutte
Orientador

Prof. Me. Camila Witchmichen Penteado
Examinadora

Prof. Esp. Dalva Araújo Gonçalves
Examinadora

Curitiba/PR, 08 de Dezembro de 2016

DEDICATÓRIA

À meu marido Luiz Antonio dos Santos, pelo apoio e incentivo, por me proporcionar a oportunidade de chegar até aqui e não medir esforços para fazer tudo por mim, e principalmente por acreditar na minha capacidade.

Aos meus pais, Luiz Carlos Colaço e Maria das Graças de Paula Colaço, por ter me proporcionado muito amor e carinho, me apoiando em todos os caminhos percorridos, pela sua compreensão devido minha ausência, e, em especial, pela educação base para minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido a vida, e por ter me dado força que não me deixou desistir nos momentos difíceis que tive ao longo desta caminhada.

A minha família, especialmente aos meus pais Luiz e Maria das Graças que sempre torceram pelas minhas conquistas e sempre apoiaram na realização deste trabalho.

A meu marido Luiz, pelas palavras de apoio, e pela paciência e compreensão neste momento de realização e conquista.

A meu orientador, Prof. Me. Israel Rutte que com seu apoio, confiança e vasto conhecimento, me ajudou a trilhar mais uma etapa, dentre tantas.

A Prof. Esp. Dalva Araújo Gonçalves pelo apoio para elaboração deste trabalho.

A Prof. Me. Camila e aos demais professores pelos conhecimentos transmitidos.

Aos meus verdadeiros amigos e aos familiares, que estão sempre presentes em minha vida, tanto nos momentos de alegria, como nos momentos de tristeza, que tiveram e continuam tendo grande importância em minha nova jornada.

Muito obrigada!

“Toda forma de vício é ruim, não importa que seja droga, álcool ou idealismo.”
Carl Jung

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo inicial, o estudo sobre a descriminalização do uso de drogas sob uma perspectiva constitucional. Inicialmente, estuda-se brevemente a evolução histórica do tratamento antidrogas no Brasil. Em um segundo momento, analisam-se o tratamento atual do usuário de drogas previsto na Lei nº 11.343/2006, as controvérsias acerca da natureza jurídica do art.28 e demais características sobre o artigo. E também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº430.105/RJ. Nesse mesmo momento, analisam-se o tratamento jurídico penal recebido pelo usuário. Por fim, no terceiro e último capítulo, estabelece-se os aspectos constitucionais inerentes a descriminalização, adentram-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da lesividade, da intimidade e da vida privada. Examinam-se decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a respeito do recurso extraordinário nº635.659/SP, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Verificam-se as alternativas a descriminalização das drogas em outros países. O principal foco da pesquisa é explicar como a descriminalização pode contribuir com o direito penal brasileiro. Logo após, colacionam-se posições doutrinárias opostas e o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto a esta questão, uma vez que a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas pode ser inconstitucional. Este trabalho tem por finalidade identificar qual posição a ser adotada a respeito da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal.

Palavras-chaves: Descriminalização. Artigo 28 da Lei de Drogas. Supremo Tribunal Federal. Princípios. Direito Penal.

ABSTRACT

The present study aims at the study on the decriminalization of drug use from a constitutional perspective. Initially, the historical evolution of anti-drug treatment in Brazil is briefly studied. In a second moment, we analyze the current treatment of the drug user provided for in Law 11,343 / 2006, the controversies about the legal nature of art.28 and other characteristics about the article. And also the position of the Federal Supreme Court in extraordinary appeal n ° 430.105 / RJ. At the same time, the criminal legal treatment received by the user is analyzed. Finally, in the third and final chapter, the constitutional aspects inherent in decriminalization are established, they are introduced in the principles of human dignity, lesivity, intimacy and private life. Jurisprudential decisions of the Federal Supreme Court regarding extraordinary appeal n°. 635.659 / SP, of the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the State of Paraná are examined. There are alternatives to drug decriminalization in other countries. The main focus of the research is to explain how decriminalization can contribute to Brazilian criminal law. Subsequently, opposing doctrinal positions and the position of the Ministers of the Federal Supreme Court on this issue are included, as the conduct contemplated in article 28 of the Drug Law may be unconstitutional. This paper aims to identify the position to be adopted regarding the decriminalization of possession of drugs for personal use.

Keywords: Decriminalization. Article 28 of the Drug Law. Federal Court of Justice. Principles. Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

RJ - Rio de Janeiro

SP – São Paulo

Nº (nº) - Número

Art.(s) – Artigo(s)

CONFEN - Conselho Federal de Entorpecentes

SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

SVS/MS – Secretária de Vigilância em Saúde/Ministério da Saúde

CP – Código Penal

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

RE – Recurso Extraordinário

SENAD - Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas

CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

g– grama(s)

RD – Redução de danos

MDMA - Metilenodioximetanfetamina

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

HIV – Human immunodeficiency virus

Proad - Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes

Unifesp - Universidade Federal de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ANÁLISE HISTÓRICA DO TRATAMENTO LEGISLATIVO ANTIDROGAS NO BRASIL	15
2.1 Ordenações Filipinas (1603) E Conferência Internacional Do Ópio (1912).....	15
2.2 Lei Nº 6.368/1976	19
2.3 Lei Nº 11.343/2006	22
3 O TRATAMENTO ATUAL DO USUÁRIO PELA LEI Nº 11.343/2006	25
3.1 ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS	25
3.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO ART.28 DA LEI DE DROGAS	25
3.1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ART.28.....	29
3.1.2.1 Sujeito Ativo E Passivo	29
3.1.2.2 Elemento Subjetivo	29
3.1.2.3 Norma Penal Em Branco	29
3.1.2.4 Elementos Normativos.....	30
3.2 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ARTIGO 28...31	
3.3 O TRATAMENTO JURÍDICO PENAL DO USUÁRIO	33
3.3.1 ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS.....	34
3.3.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.....	35
3.3.3 MEDIDA EDUCATIVA DE COMPARECIMENTO A PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO	36
3.3.4 CRITÉRIOS PARA A APURAÇÃO DO CONSUMO PESSOAL.....	37
3.3.5 O DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS PENAS DO “CAPUT” DO ART.28.....	39
3.3.6 TRATAMENTO ESPECIALIZADO NÃO COMPULSÓRIO	40
3.3.7 VALOR DA MULTA COERCITIVA	40
3.3.8 PRESCRIÇÃO	41
4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À DESCRIMINALIZAÇÃO	42
4.1 A Dignidade Da Pessoa Humana.....	42
4.2 A Lesividade.....	45
4.3 Intimidade E Vida Privada	49
4.4 Jurisprudência TJPR, STJ E STF	53
4.5 Alternativas À Criminalização Em Outros Países.....	62
4.6 Aspectos Sociológicos E Criminológicos Da Descriminalização.....	68

6 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 conhecida também como Lei de Drogas, pelo prisma dos princípios constitucionais. É bom apontar que não se discutirá a liberação do uso de drogas, nem tão pouco se pretende discutir sobre a regulamentação e comércio de drogas.

A atual Lei de Drogas provoca divergências entre os operadores do direito no que diz respeito se é crime no Brasil o porte de drogas para consumo próprio, havendo quatro posicionamentos distintos, sendo que em alguns deles há possíveis afrontamentos aos princípios constitucionais. Desta forma, o trabalho visa sistematizar as correntes doutrinárias e os posicionamentos dos Tribunais.

O ponto de partida foi construir um histórico geral do tipo penal de consumo de drogas, posto a refletir a mudança da política criminal brasileira ao longo dos tempos. O principal enfoque foi dado ao usuário, buscando entender o porquê das mudanças de tratamento e seus reflexos.

O segundo capítulo analisa o atual tratamento dado ao usuário de drogas no Brasil, sendo feita a análise do artigo 28 da Lei de Drogas, em que explanou sobre a natureza jurídica, os sujeitos, os elementos, a norma, a classificação, o objeto material e o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, bem como a posição do Supremo Tribunal Federal para que se compreenda em que contexto foi criada a atual Lei de Drogas. E também, como é o tratamento jurídico penal do usuário.

No último capítulo, foram expostos os aspectos sociológicos e criminológicos inerentes à descriminalização, sendo feita primeiramente uma reflexão acerca dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal (Princípio da dignidade da pessoa humana, Princípio da lesividade, Princípio da intimidade e da vida privada), para entender os argumentos utilizados por cada corrente.

Falou-se também a respeito das análises jurisprudencial dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a respeito do artigo 28 da Lei Drogas.

Também foi feita uma breve explanação dos modelos de descriminalização empregados em outros países, trazendo maior base para a sustentação do tema.

E por fim, através dos aspectos sociológicos e criminológicos da descriminalização buscou-se analisar de que forma a descriminalização pode contribuir com o direito penal brasileiro.

Assim, o que se discute entre Ministros, Magistrados, Procuradores e Doutrinadores, sobre o que ocorreu com a natureza jurídica do artigo 28 da Lei nº11.343/2006, foi descriminalizado, despenalizado, descarcerizado ou considerada a conduta como ínfima?

Atualmente, como se vê o tema ainda é muito discutido, sendo que está em curso no Supremo Tribunal Federal o julgamento do recurso extraordinário nº635.639, com repercussão geral, a respeito da constitucionalidade do artigo 28. Por esse motivo foi escolhido este tema, pois é de suma importância para o direito penal e para a sociedade esclarecer essa questão.

A problemática desse estudo foi estabelecer de que forma a descriminalização do uso de drogas pode contribuir com o Direito Penal. Algumas hipóteses foram traçadas, sendo que a partir da Constituição Federal de 1988, nos seus artigos 1º, inciso III e artigo 5º, inciso X, fica afastada a legitimada do Direito Penal para proibir o consumo de drogas, porque estão violando os princípios constitucionais.

A respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cada indivíduo tem o direito de viver a sua própria vida, se vier a utilizar drogas, não importando se é lícita ou ilícita, a lesão vai ser a si mesmo, sendo assim, já que o Direito Penal não criminalizou o suicídio, não tem porque criminalizar o uso de drogas.

Se ocorrer de algum indivíduo interferir na vida de terceiro, para a realização do consumo de drogas, este deverá ser enquadrado no crime de tráfico de drogas, previsto no art.33, da Lei nº11.343/2006, pois de acordo com o princípio da lesividade, não se pode punir autolesão, mas a conduta quando atinge um bem jurídico de outrem, esta deverá ser punida.

Os objetivos são as possibilidades de afastar o Direito Penal de aplicar sanções para criminalizar o uso de drogas, descrever os aspectos relevantes à constitucionalidade, delimitando os princípios mais relevantes, examinar o artigo 28

da Lei nº11.343/2006, comparar alguns procedimentos de descriminalização de drogas, realizados em outros países e análises jurisprudenciais.

O objeto do presente trabalho é a Descriminalização do uso de drogas por uma perspectiva constitucional.

Para elaboração deste trabalho, foi realizada uma análise de referências bibliográficas, doutrinas, legislações, pesquisa em jurisprudências e materiais virtuais.

O trabalho abordou o problema da descriminalização do uso de drogas de forma ampla, seguindo a evolução histórica e social, aplicando-se assim, o método dedutivo e axiológico. Posteriormente, foram abordados os princípios constitucionais que devem garantir o efetivo acesso à ordem jurídica justa, e também o tema proposto na legislação de outros países, momento em que foi utilizado o método comparativo.

Os seguintes métodos utilizados neste trabalho foram: histórico dedutivo, lógico, comparativo e axiológico.

Os métodos dedutivos, históricos e axiológicos foram utilizados na primeira parte do trabalho. No desenvolvimento do texto foram utilizados métodos dedutivos, lógicos e comparativos. E referente à análise da descriminalização do uso de drogas em outros países, foi utilizado o método comparativo. Na última parte, foram utilizados os métodos dedutivo, comparativo e axiológico. Nesse momento, já foi possível entender a inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas.

As técnicas utilizadas neste trabalho foram de análise e evidência.

2ANÁLISE HISTÓRICA DO TRATAMENTO LEGISLATIVO ANTIDROGAS NO BRASIL

Este capítulo busca apresentar uma análise histórica do tratamento legislativo antidrogas no Brasil desde as Ordenações Filipinas até 2006, ano da promulgação da nova Lei de Drogas.

2.1 Ordenações Filipinas (1603) E Conferência Internacional Do Ópio (1912)

No Brasil a instituição das Ordenações Filipinas foi a primeira legislação voltada ao combate das drogas, estabelecendo, em seu título LXXXIX, um dos primeiros dispositivos normativos que reprimia a venda de substâncias consideradas como tóxicas. Nesse sentido, explica Ramos (2010, p.13) que:

Inicialmente, verifica-se que a doutrina nacional atribuiu às Ordenações Filipinas o mérito de ter tratado sobre drogas ilícitas, pela primeira vez na história brasileira, em seu título LXXXIX, que prescrevia “que ninguém tenha em caza (*sic*) rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso.” Contudo, percebe-se que esse dispositivo não se referia ao sentido adotado na legislação vigente, pois havia maior preocupação com o possível envenenamento dos consumidores e não propriamente com sua embriaguez. (RAMOS, 2010, p.13)

Em 1830 surge o Código Criminal do Império do Brasil. Contudo, o referido Código não tratou do tema. No entanto, o Regulamento nº 828 de 29 de setembro de 1851 retratou o assunto ao tratar da política sanitária e da venda de medicamentos. (GRECO FILHO, 2011, p.84)

Assim, somente com o Código Penal de 1890 o Estado voltou a legislar sobre drogas. Nesse sentido entende Pierangeli. (2001, p. 290)

O Código Penal de 1890, em seu artigo 159, inserido no Capítulo III, que tratava dos crimes contra a saúde pública, do Título III, o qual se referia aos crimes contra a tranquilidade pública, abordava a questão relativa às drogas ao dispor o seguinte: Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000. (PIERANGELI, 2001, p.290)

Aduz Dornelles (2011, p.290) que a produção, comercialização e o uso de drogas ultrapassavam as fronteiras. Contudo, somente no século XX foram elaboradas diversas convenções a fim de proporcionar a cooperação entre países, buscando solução para o combate as drogas.

Estabelece Dornelles (2011, p.290) que:

Desse modo, no plano internacional, desde o século passado, tiveram início várias tentativas de controle e repressão às drogas. A primeira foi a Conferência de Xangai, em 1909, que reuniu 13 países para discutir formas de enfrentamento da questão do ópio indiano que ingressava na China. Em 1911, em Haia, ocorreu a primeira Conferência Internacional do Ópio, resultando na Convenção Internacional de 1912, que teve vigência apenas em 1921, ao final da Primeira Guerra Mundial. O acordo de Genebra, em 1925, confirmou a conferência de Haia, sendo posteriormente revisto, em 1931, na Conferência de Bangkok. Até 1936 ocorreram mais duas conferências em Genebra, assumindo as nações firmatárias o compromisso de vedar a difusão do vício. (DORNELLES, 2011, p.290)

De acordo com Carvalho (2016, p.49), com o aumento do consumo de ópio e haxixe pela classe social superior no início do século XX, houve a necessidade de editar novos regulamentos sobre o uso e a venda de drogas.

Entende Dieter (2011, p.103) que a primeira reunião ocorreu com a Convenção de Haia, em que se deu lugar à criação de uma política contra as drogas; desta forma não havia criminalização, mas sim proibição de sua venda em locais variados, sendo que em locais onde sua venda era permitida, ocorreu o aumento na tributação.

A primeira reunião internacional sobre as drogas foi a Convenção de Haia de 1911, que estabelece os princípios de controle internacional de entorpecentes e dá lugar à formulação de uma política contra as drogas, tratando somente da heroína, morfina e cocaína. Porém, a política não era de criminalização, mas de proibição de venda em diversos lugares e, nos locais onde ainda era permitido incidia uma enorme tributação. (DIETER, 2011, p.103)

As condutas contra a saúde pública tornaram-se maiores com a consolidação das Leis Penais em 1932, fez que o Código de 1890 altera-se o *caput* do art. 159 para doze parágrafos e também multa com prisão celular. (CARVALHO, 2016, p.49)

Com a Consolidação das Leis Penais em 1932, ocorre nova disciplina da matéria, no sentido da densificação e da complexificação das condutas contra a saúde pública. O *caput* do art.159 do Código de 1890 é alterado,

sendo acrescentados doze parágrafos. Em matéria, à originária (e exclusiva) pena de multa é acrescentada a prisão celular. (CARVALHO, 2016, p.49)

Em 28 de abril de 1936, com o Decreto nº 780, ocorreu o primeiro grande impulso na luta contra as drogas. No entanto, o referido Decreto foi modificado pelo Decreto nº 2.953, de agosto de 1938. Ressalte-se que, a Convenção de Genebra de 1936 serviu de base para a edição do Decreto-Lei nº 891, que regulamentou questões sobre as substâncias consideradas entorpecentes, produção, tráfico, consumo, internação e interdição civil. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.2)

O Decreto-Lei nº 891/1938 foi alterado pelo Código Penal de 1940. Nesse sentido, o artigo 281 faz parte de uma importante história, pois tal dispositivo seria posteriormente transformado na Lei nº 4.451/1964. (RANGEL; BACILA, 2015, p.4). Segue o artigo *in verbis*:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis. § 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis. § 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar. § 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que: I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente; II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração, ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente; III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente. § 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos. (RANGEL; BACILA, 2015, p.4)

O Brasil começou a fazer parte do combate internacional às drogas com a promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto nº 54.216/64 no início da Ditadura Militar. (CARVALHO, 2016, p.51-52)

No entanto, com o Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968, ocorreu novamente alteração no texto do artigo 281, acrescentando as ações de preparar e produzir, incluindo ainda no rol de substâncias controladas, aquelas capazes de determinar dependência física ou psíquica. Nesse momento, as

condutas dos usuários e traficantes eram equiparadas de forma que a ambas eram cominadas a pena de reclusão, de um a cinco anos. Alterou-se também o critério de aplicação da pena pecuniária, que passou a ser fixada tendo como valor referencial o salário mínimo vigente no país.(GRECO FILHO, 2011, p.86-87)

O vigente Código Penal Militar em seu Capítulo III, denominado “Dos crimes contra a saúde”, no artigo 290, dispõe de dispositivo semelhante ao artigo 281 do Código Penal, pois trata do tráfico, posse ou uso de substâncias entorpecentes. (GRECO FILHO, 2011, p.88)

A substituição do Decreto-lei nº385 se deu com a Lei nº5.726, de 29 de outubro de 1971, que regulamentou as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes.(RANGEL; BACILA, 2015, p.4)

A Lei nº 5.726/71 era formada por três capítulos: “I – Da Prevenção; II- Da Recuperação dos Infratores Viciados, III – Do Procedimento Judicial”, e composta por 27 artigos. (GRECO FILHO, 2011, p.92)

Para Carvalho (2016, p.57),com a Lei nº 5.726/71 houve um aumento na penalização e se esperava uma diferenciação no tratamento do dependente com o do traficante, o que não aconteceu, penalizando-os da mesma forma.

A Lei 5.726/71 redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes. Todavia o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 01 a 06 ano [...]. (CARVALHO, 2016, p.57)

Em 1972, a Portaria nº 131 aprovou o Regimento Interno da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes do Ministério da Saúde (CONFEN), “órgão orientador e disciplinador da fiscalização e controle de substâncias entorpecentes e equiparados, com o objetivo de reprimir seu tráfico e utilização ilícita”. (GRECO FILHO, 2011, p.92)

A Lei nº 5.726/71 foi modificada com o advento da Lei nº 6.368/76, com exceção do artigo 22, que estabelecia a expulsão do estrangeiro que cometesse crime de tráfico de entorpecente pelo rito sumário. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.5)

2.2 Lei Nº 6.368/1976

O Decreto nº78.992, de 21 de dezembro de 1976, regulamentou a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. (RANGEL; BACILA, 2015, p.4)

A Lei nº 6.368/76 era composta por 47 artigos, artigos estes divididos em cinco capítulos, sendo o primeiro capítulo, artigos 1º ao 7º, denominado “Da Prevenção”, o segundo capítulo, artigos 8º ao 11 da Lei, estabelecia o tratamento e a recuperação dos dependentes de substâncias entorpecentes, o terceiro capítulo, artigos 11 ao 19, dizia respeito à Norma Penal Substantiva, o quarto capítulo, artigos 20 ao 35, compunham o procedimento criminal, e o quinto e último capítulo, artigos 36 ao 47, tratavam das disposições gerais da lei. (VIEIRA, 1996, p.96)

A conscientização da sociedade sobre os riscos dos entorpecentes, tanto quanto a saúde quanto ao meio social, é o objetivo da política social, precedendo a preocupação em relação aos efeitos que as drogas causam à saúde do próprio indivíduo. (PEREIRA, 2011, p.28)

O principal ponto a ser destacado do novo diploma legal diz respeito ao seu objetivo, a política-social adotada. Busca-se conscientizar a sociedade a respeito dos riscos que os entorpecentes causam a integridade social, uma vez que representa um real perigo a saúde e a paz pública. Fica em segundo plano a preocupação com os perigos que essas substâncias causam ao indivíduo, a sua saúde. (PEREIRA, 2011, p.28)

A Lei nº 6.368/1976 traçou uma batalha contra as drogas, tendo a participação de toda sociedade, em conjunto com as pessoas jurídicas para que estas criassem planos e programas de combate ao tráfico e ao uso de drogas. Saliente-se que, caso houvesse negação por parte das pessoas jurídicas, estas seriam penalizadas. (VIEIRA, 1996, p.95)

A Lei nº 6.368, de 76, entrou em vigor 30 dias após sua publicação, regulamentada pelo Decreto-Lei nº78.992, tendo como a principal característica a necessidade de participação de todos os seguimentos da sociedade na luta contra os tóxicos, inclusive penalizado as pessoas jurídicas, quando na recusa de colaboração com os planos e programas de combate ao tráfico e ao uso de drogas entorpecentes. (VIEIRA, 1996, p.95)

Afirma Carvalho (2016, p.59) que não ocorreu alteração significativa em relação às figuras típicas. Contudo, a mudança aconteceu com o aumento das penas, punindo de forma mais gravosa o traficante.

As condutas criminalizadas na Lei 6.368/76 não diferem substancialmente das figuras típicas encontradas nos estatutos precedentes, notadamente o texto do artigo 281 do Código Penal com a redação fornecida pela Lei 5.726/71. A distinção, porém, é no que concerne à graduação das penas, cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante. (CARVALHO, 2016 p.59)

Segundo Guimarães (2006, p.26-27) o grande problema era como classificar o crime, tendo em vista a Lei nº 6.368/76 trouxe, nos arts.12 e 16, os mesmos verbos no tipo penal, quais sejam “adquirir, guardar e trazer consigo”, sendo que o art.12 dispunha também de outros verbos. Assim, a única forma de distinguir seria a expressão “para uso pessoal”, que traz a difícil tarefa de se distinguir o traficante do usuário.

As ações descritas no art.16, da revogada Lei 6.368/76, eram as de **adquirir, guardar e trazer consigo** substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Eram, pois, as mesmas abrangidas pelo *caput* do art.12 da Lei revogada. Com uma diferença, no entanto: a de que qualquer daquelas ações devia estar conexas com o elemento volitivo especial do autor, qual seja o **de usar** a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Já aqui surgiram as primeiras dificuldades para a distinção dos crimes de tráfico e de uso, pois, *prima facie*, aquelas ações indicavam a ocorrência daquele delito. E é justamente pelo desdobramento do problema que surgia a dúvida, que ensejava a desclassificação do crime de tráfico para o de uso. (GUIMARÃES, 2006, p. 26-27) (Grifo no original)

A Lei nº6.368/76 trouxe de forma separada a tipificação dos delitos, sendo que no seu artigo 12, os verbos vender, importar, exportar, produzir, preparar, fornecer e transportar configuram, portanto, a conduta de tráfico ilícito de entorpecentes. Desta forma o tráfico tem um tratamento penal cada vez mais rigoroso, visto o aumento de pena. (CARVALHO, 2010, p.25)

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República de 1988 não admite fiança, graça e anistia aos crimes de tráfico de entorpecentes. (GRECO FILHO, 2011, p.96)

Segundo Damásio de Jesus (2010, p.57) a Lei dos Crimes Hediondos não se aplica as condutas descritas no art.28 da Lei nº 11.343/2006. Ocorre que a

Lei nº 8.072/1990 se aplica nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes por ser considerada equiparada a crime hediondo.

Inaplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos A Lei n. 8.072/90, que disciplina os crimes hediondos, não se aplica às figuras típicas definidas no art. 28 da Lei n. 11.343/06, uma vez que estas não se enquadram na qualificação de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (arts. 2º, caput, e 8º da Lei dos Crimes Hediondos).(JESUS, 2010, p.57)

No início de 1990, tramitavam no Congresso Nacional inúmeros projetos acerca da reforma da Lei de Drogas de 1976, ocorrendo divergência nos posicionamentos, pois muitos defendiam as medidas despenalizadoras e descriminalizantes. No entanto, a Lei nº 10.409/02 nasceu da readequação do texto original do Projeto Murad (Projeto de Lei nº 1.873/91), que se adaptou a duas propostas firmadas pelo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN). (CARVALHO, 2016, p.91-92)

A Lei nº 10.409/2002 não supriu todos os seus objetivos, visto que o Poder Executivo vetou completamente o Capítulo III e também seu art.59, o que levou à manutenção da Lei nº 6.368/76 que não foi revogada. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.6)

A Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, pretendeu, enquanto projeto, substituir a Lei n. 6.368/76, integralmente. Dada a péssima qualidade no seu aspecto mais importante, qual seja, a definição dos crimes, o Poder Executivo foi obrigado a vetar todo o Capítulo III, “Dos crimes e das penas”. De forma coerente, o Poder Executivo também vetou o art.59 do projeto, que disporia sobre a revogação da Lei 6.368/76. Isso permitiu-nos concluir que esse diploma continuou em vigor no que fosse compatível com a então nova lei. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.6)

Assim, a Lei nº10.409/02 passou a ser aplicada em conjunto com a nº6.368/76, sendo que a primeira era aplicada nas questões processuais, e a segunda aplicada na parte material.(CARVALHO, 2016, p.92)

No entanto, estas Leis vigoraram conjuntamente até o advento da Lei nº 11.343, de agosto de 2006, a qual revogou expressamente a aplicação de ambos os diplomas legais precedentes. (RANGEL; BACILA, 2015, p.5)

2.3 Lei Nº 11.343/2006

Diante da mal elaborada Lei nº 10.409/2002, que trouxe mais conflito do que benefícios para a matéria referente às drogas, a doutrina defendeu a elaboração de uma nova lei sobre o assunto. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.7)

A Nova Lei de Drogas, de 2006, foi sancionada pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sendo a mesma debatida desde 2002, ainda quando Fernando Henrique Cardoso era o presidente. (CAMPOS, 2015, p.22)

[...] em meio ao debate legislativo que culminou na Chamada Nova Lei de Drogas. O dispositivo foi sancionado no dia 23/08/2006 pelo presidente Lula e passou a vigorar no Brasil a partir do segundo semestre de 2006. Debatida durante quatro anos pelo legislativo, o projeto que deu origem a Lei foi apresentado no Senado Federal 21/08/2002, ainda na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso. (CAMPOS, 2015, p.22)

Em 23 de agosto de 2006 foi publicada a Nova Lei de Drogas, de número 11.343, que entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006, sendo que seu artigo 75 revogou expressamente as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02. (CAPEZ, 2006, s.p.)

Segundo Greco Filho (2011, p.119), a Lei nº11.343/2006 adveio do Projeto de Lei nº 7.134 de 2002 e, neste projeto, ocorreramalgumas alterações em sua redação pelo Senador Romeu Tuma, para então poder ser sancionada.

O Projeto n. 7.134, de 2002, do Senado Federal, que recebeu como apenso o Projeto n. 6.108/2002, do Poder Executivo, foi reelaborado pelo Senador Romeu Tuma e recebeu substitutivo na Câmara; voltou ao Senado, onde recebeu emendas e converteu-se na Lei n. 11.343/2006, com vetos do Presidente da Republica. (GRECO FILHO, 2011, p.119)

A Lei nº 11.343/2006 é estruturada da seguinte forma: Títulos I - “Disposições preliminares” arts. 1º e 2º. Título II - “Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”, arts. 3º ao 17. Capítulo I - “Dos princípios e dos objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”; Capítulo II - “Da composição e da organização do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”; Capítulo III - Vetado e o Capítulo IV - “Da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas”.Título III - “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, arts 18 a 30. Capítulo I -

“Da prevenção”; Capítulo II - “Das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas” e o Capítulo III - “Dos crimes e das penas”. Título IV - “Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”, arts 31 ao 64; Capítulo I - “Disposições gerais”; Capítulo II - “Dos crimes”, Capítulo III - “Do procedimento penal”, dividido em Seção I - “da investigação” e Seção II - “Da instrução criminal”. Capítulo IV - “Da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado” e, por fim, os Títulos V e VI tratam “Da cooperação internacional” e das “Disposições finais e transitórias”. (MARCÃO, 2015, p.15-16)

A Lei nº 11.343/2006 é regulamentada pelo Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. (MARCÃO, 2015, p.21)

Na Lei nº 6.368/76 era evidente a penalidade mais branda aos usuários e dependentes, e uma maior densificação a repressão ao comércio ilícito. Já a Lei nº 11.343/06 discrimina o tratamento penal entre os usuários e traficantes, estipulando alta repressão ao traficante e medida menos gravosa/punitiva ao usuário e dependente, considerado problema patológico. (CARVALHO, 2016, p.105)

[...]. Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95 -, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas. (CARVALHO, 2016, p.105)

A pena de prisão para usuário ou dependente foi logo eliminada na Lei nº 11.343/06, sendo que também houve a distinção do traficante profissional, aquele que trafica para viver bem, e o traficante eventual, aquele que trafica só para obter a droga para consumo próprio, ficando este com direito a uma sensível redução de pena. (SENADO FEDERAL, 2011, p.59)

Já a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) eliminou a pena de prisão para o usuário e o dependente, ou seja, para aquele que tem droga ou a planta para consumo pessoal. A legislação também passou a distinguir o traficante profissional do eventual, que trafica pela necessidade de obter a droga para consumo próprio e que passou a ter direito a uma sensível redução de pena. (SENADO FEDERAL, 2011, p.59)

Percebe-se que, com a Nova Lei de Drogas, o usuário de drogas obteve um novo tratamento, embora tenha sido mantida sua tipificação. Contudo, ela não tem mais cunho punitivo, sendo que as medidas sancionatórias não preveem pena privativa de liberdade ou multa. Entretanto, houve um aumento a repressão ao tráfico de drogas, punindo rigorosamente o traficante. (BIANCHINI, et al, 2014, p.7)

Segundo Luiz Flávio Gomes (2014, p. 7):

Os eixos centrais dessa nova legislação passam, dentre outros, pelos seguintes pontos: (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; foco no intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas. Criou-se com a mencionada Lei o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas.(BIANCHINI, et al, 2014, p.7)

A prevenção ao uso de drogas deve ocorrer desde o berço familiar, através de orientação dada pelos pais e responsáveis, em conjunto com a educação em que os professores nas escolas alertam seus alunos sobre os malefícios das drogas. (RANGEL; BACILA, 2015, p.6)

O Sistema Nacional Antidrogas – SISNAD é composto por órgãos do governo e da sociedade civil que exercem atividades de repressão e prevenção ao uso, estabelece atividade de reinserção do usuário e dependentes de drogas, tráfico e produção ilegal de drogas que causem dependência. (NUCCI, 2016, p.305)

3 O TRATAMENTO ATUAL DO USUÁRIO PELA LEI Nº 11.343/2006

Neste capítulo será analisado o art. 28 da atual lei de drogas, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o citado dispositivo e, por fim, o tratamento jurídico ao usuário de drogas.

3.1 ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

O art.28 é composto pelos seguintes verbos núcleos do tipo: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, formando o tipo objetivo. O objeto material incriminador é a droga. Esses mesmos verbos do art. 28 estão presentes no art.33, sendo que os distingue é a finalidade específica do agente, que no caso em análise, é o consumo pessoal. (NUCCI, 2016, p.319)

Análise do núcleo do tipo: *adquirir* (comprar, obter mediante certo preço), *guardar* (tomar conta de algo, proteger), *ter em depósito* (manter em reservatório ou armazém), *transportar* (levar de um lugar para outro) ou *trazer consigo* (transportar junto ao corpo) são as condutas, cujo objeto é a droga (substâncias entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica). Difere este crime do previsto no art.33, justamente em face da finalidade específica do agente (consumo pessoal).[...](NUCCI, 2016, p.319) (Grifo no original)

Realizadas as considerações acerca do art.28 da Lei de Drogas, trazendo de forma objetiva os diversos verbos do núcleo do tipo, formadores do tipo objetivo, no tópico seguinte serão tecidas considerações sobre a natureza jurídica e disposições gerais do art.28 da Lei de Drogas.

3.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO ART.28 DA LEI DE DROGAS

Com a Lei nº 11.343/2006 surgiram diversas controvérsias acerca da natureza jurídica do art.28, havendo 4 (quatro) posições distintas:

Primeira posição - No sentido que o fato constitui crime: A conduta continua sendo considerada crime com o advento da lei, não ocorreu descriminalização ou despenalização da conduta de portar ou adquirir para uso pessoal, efetuou-se sim alterações de modo a suavizar as penas. A pena desde que não seja infamante, cruel ou perpétua pode ser criada por lei, houve divulgação errônea de que a lei teria descriminalizado a conduta, mas não tem consistência jurídica. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.44)

De acordo com Jesus (2010, p.53-54) é crime a conduta descrita no art.28, pois a Constituição Federal trouxe em seu art.5º, XLVI a possibilidade de se adotar novas penas, portanto não há em que se falar em ilícito *sui generis*.

[...] 3ª) Cuida-se de crime (nossa posição), do ponto de vista formal e material. De registrar-se que, sob o aspecto formal, a definição contida no art. 1º da LICP encontra-se defasada. Desse modo, não cabe falar em ilícito *sui generis* invocando o vetusto dispositivo legal. Afirmar que as leis penais do século XXI devem amoldar-se ao conceito da Lei de Introdução ao Código Penal significa conferir a ela caráter normativo superior, algo do qual ela é desprovida. De observar-se que a Constituição Federal declara que “a lei regulará a individualização da pena (criminal) e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (art. 5º, XLVI – parêntese nosso). Nota-se, portanto, que o Texto Maior expressamente autoriza a existência de crime sem a cominação de pena privativa de liberdade. Esta conclusão ganha reforço quando se nota na Carta Maior a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º); os entes fictícios, por óbvio, não ficam sujeitos à prisão, muito embora cometam crimes. (JESUS, 2010, p.53-54) (Grifo no original)

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, p.319) é crime as condutas previstas no art.28, sendo que este o denomina de infração de ínfimo potencial ofensivo, sem a imposição de prisão em flagrante e com possibilidade de transação, que no final resulta em simples advertência. Mesmo o agente sendo reincidente e com péssima conduta, nunca será aplicada pena de prisão. A pena máxima que se chega seria de advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou programa educativo, e se nada adiantar para a recuperação, aplica-se a multa ou admoestação verbal. Nem as contravenções penais receberam tratamento tão benéfico. Caso alguma pessoa for surpreendida usando o entorpecente (como por exemplo, fumando um cigarro de maconha), impossibilitando de se encontrar o entorpecente em seu poder, este não poderá ser incriminado, visto que a conduta (verbo) *usar* não consta no tipo penal.

Segunda posição - Defesa da descriminalização: Conforme Luiz Flávio Gomes (2014, p.119) a posse de drogas para consumo pessoal deixou de ser considerado “crime”, não houve a legalização, o que ocorreu foi a descriminalização “formal”, assim tal conduta continua sendo ilícita, denominado ilícito *sui generis* que não se confunde com crime, nem com contravenção penal.

A Lei 11.343/2016 (art.28), de acordo com a opinião de L.F. Gomes, aboliu o caráter “criminoso” da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado “crime” (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização “formal”, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). (BIANCHINI, et al, 2014, p.119) (Grifo no original)

Para José João Leal (2006, s.p.) a Lei de Drogas criou uma nova infração penal, não sendo crime nem contravenção penal. Criou, portanto, uma *infração penal nominada*, punida com novas alternativas penais, não contrariando o dispositivo da Lei de Introdução ao Código Penal e sendo uma espécie de *descriminalização branca*.

Entende Bianchini (2014, p.125) que a conduta prevista no art.28 tornou-se uma conduta legalizada ao afirmar que ocorreu a descriminalização substancial, portanto não pertence mais ao direito penal, desta forma o art.28 é uma infração do Direito judicial sancionador.

Posição e pensamento de Alice Bianchini: O art.28 não pertence ao Direito penal, sim, é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados). Houve descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*). (BIANCHINI et al., 2014, p.125) (Grifo no original)

Terceira posição - Defesa da descarcerização: Para Carvalho (2016, p.161) a conduta contida no art.28 da Lei nº 11.343/2006 continua sendo crime, o que ocorreu foi apenas a alteração na punição, tendo em vista que o usuário não incorre mais na pena de prisão, portanto ocorreu a chamada descarcerização.

No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas. O art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (art. 28, § 3º16), a pena de prisão – [...] Ocorre, portanto, com o

ingresso da lei nova no cenário jurídico, explicita descarcerização dos delitos relativos ao uso de drogas. (CARVALHO, 2016, p.161)

Quarta posição, sendo esta a majoritária - Defesa da despenalização: Aduz Guimarães (2013, p.30) que o legislador ao manter o crime de posse manifestou-se de forma subjacentes de desjudiciarização, sendo que a Lei dos Juizados estabeleceu tal conclusão. No art.28 ocorreu a despenalização, sendo que a medida atual aplicada é a de ressocialização do usuário.

[...]a)O legislador preferiu não enfrentar abertamente o problema político-criminal sediado em torno do dilema entre as políticas de criminalização e descriminalização, mas, b) ao manter o crime de posse etc. para uso na nova Lei Antidrogas, o legislador realizou um discurso subjacente de desjudiciarização (todo procedimento a que se submete o infrator passa ao longe da ritualização, das solenidades e da presença do Juiz), confirmando, portanto, a tendência já verificada com a absorção da espécie pela Lei dos Juizados Especiais, e de despenalização (uma vez que as “penas” previstas no art. 28 discrepam do instrumentário ressocializador tradicionalmente conhecido em nosso direito penal, não têm eficácia preventivo-especial e, na prática, deixarão de ser executadas a contento); c) mas o legislador, que não teve convicção ou disposição para enfrentar a política de descriminalização, aposta, em boa verdade, numa solução a longo prazo de política jurídica a ser realizada não nos domínios da atividade jurídico-legal, mas na atividade jurídico-jurisdicional. (GUIMARÃES, 2013, p.30)

A Lei nº 11.343/06 impossibilitou a aplicação de prisão ao usuário de drogas, ocorrendo, portanto, a despenalização. Despenalizar é o ato de adotar medidas alternativas a fim de restringir a aplicação da pena de prisão, sendo que tal conduta não deixou de ser crime, o que ocorreu foi que o legislador adotou outras medidas de punições conforme traz a Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI, penas de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação de serviços sociais, suspensão ou interdição de direitos, estas penas previstas são exemplificativas. O legislador pode adotar outros critérios de distinção quando se está diante de um crime ou uma contravenção, apesar do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer o critério que garante distinguir tal fato, como fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06, pena diversa da prisão a qual é apenas umas das opções constitucionais possíveis de ser adotada. (LIMA, 2013, p.706)

Está foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao ser instado a se manifestar sobre o assunto, conforme RE nº 430.105/RJ.

3.1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ART.28

3.1.2.1 Sujeito Ativo E Passivo

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2013, p.712), o sujeito ativo do crime de porte de drogas para consumo pessoal é qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade. O que se busca é a proteção da saúde pública e não a do próprio usuário, tendo em vista o ordenamento jurídico não admitir punição por autolesão, salvo quando atinge terceiros.

O crime de porte de drogas para consumo pessoal pode ser praticado por qualquer pessoa. Como se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, o sujeito passivo é a coletividade. Este crime é punido em virtude da potencialidade lesiva que pode causar a toda a sociedade, e não em função da proteção à saúde do próprio usuário, porquanto não se pode admitir a punição da autolesão em um ordenamento jurídico que consagra o princípio da ofensividade. (LIMA,2013,p.712)

Assim, após as considerações acerca do sujeito ativo que pode ser qualquer pessoa e do sujeito passivo que é a coletividade, é necessário continuar o estudo das demais considerações sobre o art.28.

3.1.2.2 Elemento Subjetivo

A teoria finalista nega a distinção entre dolo genérico e dolo específico, uma vez que para ela toda conduta está dirigida a um fim. No caso do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, com a expressão “para consumo próprio”, configurou-se como elemento subjetivo o dolo específico, que é o especial fim de agir do agente expressamente inserido no tipo. (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p.32-33)

3.1.2.3 Norma Penal Em Branco

Não há indicação de quais substâncias sejam consideradas droga no art.28 da Lei nº 11.343/2006. Desta forma, os dispositivos que definem crimes referentes a drogas, em sua maioria, devem ser considerados normas penais em branco, dependentes de complemento dado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Se alguma substância não estiver na lista da ANVISA, o fato será considerado atípico. Do mesmo modo, não haverá crime, por atipicidade do fato, quando a substância não causa dependência física ou psíquica. (JESUS, 2010,p.64-112-113-322)

A lista de substâncias entorpecentes proscritas consta, atualmente, da Portaria SVS/MS nº 344/98.

3.1.2.4 Elementos Normativos

Para Capez (2016, p.667) os elementos normativos estão na expressão “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal regulamentar”. Assim, não sendo preenchidas tais condutas não haverá crime, sendo, portanto, fato atípico.

Elemento normativo do tipo é aquele cujo significado exige prévia interpretação pelo juiz. O elemento normativo dos crimes de tóxicos está descrito na seguinte expressão: “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Somente haverá crime previsto na Lei n. 11.343/2006, se a conduta descrita no tipo se der em desacordo com as disposições legais e regulamentares, ou seja, sem autorização do Poder Público. A denúncia que omitir a circunstância de ser o tráfico ou o porte sem autorização, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, é inepta, uma vez que descreve fato atípico, devendo ser aditada até a sentença de primeiro grau, nos termos do art. 569 do CPP, sob pena de nulidade do processo (art. 564, III, a, do CPP). (CAPEZ, 2016,p.667)

Na mesma linha de pensamento Nucci (2016, p.320) dispõe das mesmas expressões referentes aos elementos normativos, trazendo como exemplo o caso de uma pessoa com doença grave que precisa de morfina para aliviar a sua dor, esse fato será considerado atípico, caso seja encontrado no local esta substância armazenada.

3.1.2.5 Objetos Material E Jurídico

Segundo Nucci (2016, p.321) “o objeto material é a droga. O objeto jurídico é a saúde pública”.

3.1.2.6 Classificação

Parte das lições de Mesquita Júnior(2007, p.31) a seguinte classificação do art.28,a saber: crime comissivo,unissubjetivo, unissubsistente, plurissubsistente, de perigo, doloso, de tipo anormal, de tipo de núcleo composto, de tipo de núcleo alternativo, e vago.

É crime comissivo (exige ação, embora possa ser praticado mediante omissão do garante), unissubjetivo (pode ser praticado por uma única pessoa, nada obstando o concurso eventual de pessoas), unissubsistente (nas modalidades transportar, guardar e trazer consigo, não admite tentativa, uma vez que a conduta típica não pode ser fracionada, sendo os atos preparatórios impuníveis), plurissubsistente (na modalidade adquirir, a tentativa é punível, haja vista que a conduta pode ser fracionada), de perigo (não exige a ofensa ao objeto jurídico, bastando a ameaça a ele), doloso (exige a vontade ou o assumir o risco do resultado), de tipo anormal (o tipo contém, além de elementos objetivos – núcleo e elementos descritivos – elementos normativo e subjetivo), de tipo de núcleo composto (a conduta típica se caracteriza por mais de uma conduta – mais de um verbo), de tipo de núcleo alternativo (não é necessária a realização de todos os núcleos do tipo, bastando uma das condutas nele descritas) e vago (o sujeito passivo não é personificado).(MESQUITA JÚNIOR, 2007, p.31)

Feitas as considerações gerais acerca do art.28 da Lei de Drogas, é essencial expor a posição do Supremo Tribunal Federal de forma a esclarecer pontos de suma importância a respeito da descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal, previsto no art.28.

3.2 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ARTIGO 28

A primeira vez que o Supremo Tribunal Federal falou a respeito do art.28 da Lei nº 11.343/2006 foi em 13 de fevereiro de 2007, com o relator o Ministro Sepúlveda Pertence, no RE nº 430.105/RJ, o Ministro interpretou que no art.28 da Lei nº 11.343/2006 não houve *abolitio criminis*, muito menos pena privativa de liberdade ou contravenção penal, o que ocorreu foi aplicação de penalidades diversas previstas na Constituição.(STF. RE 430105 QO, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

EMENTA: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 desapareço 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. (STF. RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523) (Grifo no original)

Tendo em vista ainda estar em fase de julgamento no Supremo Tribunal Federalo Recurso Extraordinário nº 635.639, com repercussão geral sobre a inconstitucionalidade do art.28, da Lei nº11.343/2006,tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, que já proferiu seu voto e, posteriormente,já tendo votado também

os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, o julgamento encontra-se suspenso após o pedido de vistas pelo Ministro Teori Zavascki.

3.3 O TRATAMENTO JURÍDICO PENAL DO USUÁRIO

Os arts. 28, 29 e 30 da Lei nº 11.343/2006 descrevem o tratamento jurídico penal do usuário, os critérios para configurar-se a droga é para consumo pessoal, as penas aplicáveis, seu prazo para cumprimento e no caso da pena de prestação de serviços a comunidade enumera diversos locais para sua prestação, estabelece também a possibilidade de reincidência, e por fim dispõe sobre o prazo prescricional. (BRASIL, 2006, s.p.)

Art. 28. [...]

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º [...]

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.(BRASIL, 2006, s.p.)

Com o advento da Lei nº11.343/2006 o legislador buscou não tratar mais o usuário como criminoso, pois tal conduta está relacionada com questão de saúde pública. Assim, a Lei trouxe, nos incisos do art. 28, outras formas de sanções, tendo como objetivo buscar a reinserção social do usuário. (BATISTA; ÁLVARES, 2010, p.12)

Tais sanções serão analisadas no item subsequente.

3.3.1 ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS

A advertência tem natureza jurídica de pena não privativa de liberdade, sendo que seu procedimento deverá ocorrer em audiência preliminar após a defesa aceitar a transação proposta pelo Ministério Público, o juiz advertirá o autor sobre os efeitos nocivos da droga, devendo ser lavrado termo, assinado pelos presentes ao final, conforme estabelece os arts. 60 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais Criminais; caso não ocorra em audiência preliminar o juiz designará nova audiência para aplicação da advertência. (ANDREUCCI, 2015, p.231-232)

Advertência sobre os efeitos da droga: cuida-se de nova modalidade de sanção não privativa de liberdade, sem precedentes na legislação penal pátria. Tem a advertência natureza jurídica de pena, podendo gerar, inclusive, reincidência. O juiz deverá aplicá-la na própria audiência preliminar, já que o rito processual, nestes casos, segue o disposto nos arts. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/95, conforme determina o art. 48 da Lei. Na audiência preliminar, havendo a proposta de transação pelo Ministério Público, consistente em advertência sobre os efeitos da droga, aceita pela defesa, deverá o juiz censurar levemente o autor do fato, esclarecendo-o sobre os efeitos nocivos da droga (não somente para ele próprio, mas também para toda a sociedade), de tudo lavrando-se termo, que deverá ser subscrito pelos presentes (juiz, promotor de justiça, autor do fato e defensor). Caso não seja aplicada em audiência preliminar, deve o juiz designar audiência para tal fim, nos moldes da audiência admonitória da suspensão condicional da pena. (ANDREUCCI, 2015, p.231-232)

Segundo Bitencourt (2016, p. 751-752), a advertência tem caráter punitivo como qualquer outra sanção penal, além desse aspecto não é possível aplicar advertência sem a qualidade de censurabilidade, pois é a essência dessa

espécie. Ademais, a advertência sobre os efeitos das drogas tem caráter moralista e normatizador. Desta forma a Lei não estabelece qual é a forma da aplicação da advertência, o que ocorre é uma censura oral, devendo constar em ata somente os dados do autor para caso de reincidência.

3.3.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Nucci (2016, p.327) traz um comparativo entre o Código Penal e a Lei nº 11.343/2006 a respeito da prestação de serviços à comunidade. O CP poderá aplicar essa sanção nos casos em que a pena seja superior a seis meses e somente sendo nos casos de substituição de pena privativa de liberdade; já na Lei nº 11.343/2006 a pena é independente podendo ser aplicada no prazo de até cinco meses, neste caso não há possibilidade de haver pena em horas. A respeito das tarefas, o que mais difere é que a Lei busca estabelecimentos que se destinem a preservação e recuperação de usuários e dependentes de drogas e o CP não indica uma destinação. O CP prevê nos casos de descumprimento desta sanção há conversão da pena em privativa de liberdade, sendo o mínimo de trinta dias e sempre respeitando o tempo não cumprido; a Lei nº 11.343/2006 nos casos de descumprimento o condenado será admoestado verbalmente e/ou condenado a pagamento de multa. No CP a prescrição ocorre no mesmo prazo da pena privativa de liberdade; na Lei nº 11.343/2006 a prescrição ocorre no prazo de dois anos. No restante dos casos, o CP poderá ser aplicado.

21. Prestação de serviços à comunidade: respeitam-se as regras gerais estabelecidas no Código Penal (art. 46), observadas as peculiaridades trazidas por esta Lei. Ilustrando: a) a prestação de serviços à comunidade, no Código Penal, somente pode ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, quando esta atingir montante superior a seis meses; no caso da Lei 11.343/2006, constitui pena totalmente independente, com prazo próprio, variando de um dia a cinco meses (o art. 28, § 3.º, desta Lei fixou o máximo; o mínimo advém da impossibilidade de haver pena em horas, conforme art. 11 do CP); b) as tarefas gratuitas, no Código Penal, destinam-se a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais; na Lei 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade deve voltar-se, preferencialmente, a programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se destinem, fundamentalmente, à prevenção ao

consumo e à recuperação do usuário e dependente de drogas; c) no Código Penal, o descumprimento da prestação de serviços à comunidade implica na sua conversão em pena privativa de liberdade, pelo remanescente do tempo não cumprido, respeitado o mínimo de trinta dias; na Lei 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade, quando não cumprida, sujeitará o sentenciado à admoestação verbal e/ou à aplicação de uma multa; d) a prestação de serviços à comunidade, no Código Penal, em relação à prescrição, tem o mesmo prazo da pena privativa de liberdade que substituiu; na Lei 11.343/2006, as penas prescrevem em dois anos. No mais, parece-nos que se pode aplicar o disposto no Código Penal, vale dizer, o condenado a cumprirá à razão de uma hora-tarefa por dia de condenação, num total de sete horas por semana, ajustando-se a maneira de executá-la de acordo com a conveniência do trabalho regular do condenado (art. 46, § 3.º, CP). Não poderá haver antecipação, afinal, esta somente é permitida, quando a pena atinge patamar superior a um ano (art. 46, § 4.º, CP), o que não é o caso da Lei 11.343/2006. (NUCCI, 2016, p.327)

A prestação de serviços à comunidade será realizada em programas comunitários, hospitais, entidades educacionais ou assistenciais, estabelecimentos públicos, privados ou congêneres sem fins lucrativos, que atendam preferencialmente a recuperação e prevenção do usuário e dependentes de drogas. O prazo para cumprimento se for primário será no máximo de 5 (cinco) meses, conforme art.28, §3º da Lei, e em caso de reincidente será de 10 (dez) meses, nos termos do art.28, §4º da mesma Lei. Nesse caso não se aplica o art.46 do Código Penal. (CAPEZ, 2016, p.673)

3.3.3 MEDIDA EDUCATIVA DE COMPARECIMENTO A PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO

Segundo Greco Filho e Rassi (2009, p.54-55) a Lei de Drogas criou uma nova sanção denominada de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, essa medida tem prazo máximo de cinco meses, conforme art.28 §3º da Lei, “e em caso de residência será obedecido o prazo máximo dez meses previsto no art.28, §4º da Lei” (BRASIL, 2006, s.p.), sendo o seu comparecimento realizado de forma obrigatória, de acordo com as regras definidas no programa ou curso.

Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Aqui a lei também inovou, prevendo pena inédita no sistema penal brasileiro. O

prazo de duração da medida também está previsto no § 3º, sendo certo que o comparecimento, que é compulsório, será de acordo com os critérios estabelecidos no programa ou curso. (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.54-55)

A Lei nº 11.343/2006 trouxe um novo tipo de pena restritiva de direitos, esse novo tipo não se confunde com “internação compulsória”, nem pena privativa de liberdade. O juiz determinará que o condenado receba como umas das penalidades impostas o comparecimento a programa ou curso educativo, em que sua frequência deverá ocorrer conforme disponibilidade dos cursos ou programas, não sendo necessário que o curso ou programa seja voltado ao uso de drogas, também devesse observar a eventual necessidade do condenado. Assim recomenda que o juiz da condenação defina a medida mais adequada a ser aplicada, após prévio exame com especialista para que não ocorra a padronização nas escolhas do juízo da execução, devendo ser sempre respeitado a ressocialização. Essa penalidade não pode causar prejuízo na jornada de trabalho do condenado. (JUNQUE; FULLER, 2010, p.273)

3.3.4 CRITÉRIOS PARA A APURAÇÃO DO CONSUMO PESSOAL

De acordo com Greco Filho (2011, p.155) o art.28, em seu §2º, estabelece alguns critérios que deverão ser analisados pelo juiz, como por exemplo, a natureza e a quantidade da droga, as circunstâncias sociais e pessoais, o local e condição em que se desenvolveu a ação e antecedentes do agente.

3.3.4.1 Natureza E Quantidade De Substância Apreendida

Para o enquadramento no art. 28 é necessário que a quantidade de droga apreendida seja em pequena quantidade, mas este critério não pode ser usado como única forma de distinção entre tráfico e porte para uso. Traficantes na maioria das vezes apenas dispõem de pequenas quantidades consigo, para assim,

não configurar o crime de tráfico. A quantidade da substância apreendida deve ser pequena, para configurar uso pessoal, mesmo não estando previsto no art. 28 a quantidade de entorpecente. (LIMA, 2013, p.716)

3.3.4.2 Local E Condições Em Que Se Desenvolveu A Ação

A proximidade com o local da venda de drogas pode ser usado como indício, mas com cautela, pois no mesmo local em que se vende a droga, portanto há a prática de tráfico, mas também no local se usa a droga, configurando o uso pessoal. Local não pode ser usado como único indício, com exceções, caso o indivíduo seja apreendido em refinaria, depósito de grande quantidade, etc. (JUNQUEIRA, FULLER, 2010, p.264)

Indicação de uma testemunha, entrada e saída de várias pessoas, material para embalagem, etc, são indícios comprobatórios de tráfico, levados em conta como principal critério de avaliação, mas deve haver mais atenção quanto a droga estar ou não embalada para venda, pois do mesmo modo que o traficante a embala para venda, o usuário compra embalada para consumo, o modo de embalagem nada diz sobre a intenção. (JUNQUEIRA, FULLER, 2010, p.264)

3.3.4.3 Circunstâncias Sociais E Pessoais

A condição econômica do agente, mesmo não sendo o principal critério, ainda assim é levada em conta para julgar o crime de tráfico, pois está pessoa não tendo uma boa condição social, mas sendo apreendida com grande quantidade de entorpecente, provavelmente se configuraria no crime de tráfico. Para a descaracterização do tráfico não basta apenas o agente ser considerado usuário, depende também das circunstâncias e a quantidade da droga apreendida, pois poderá ser considerado tráfico. (LIMA, 2013, p.717)

3.3.4.4 Conduta E Antecedentes

São indícios relativos a tráfico, receber altos valores, atender a várias pessoas e entregar objetos e pacotes. (JUNQUEIRA, FULLER, 2010, p.265)

Os antecedentes de um sujeito sempre estão ao seu desfavor, caso já tenha alguma condenação. Caso tenha maus antecedentes a chance de voltar a cometer algum delito é muito alta. Este ato de incriminar o suspeito com maus antecedentes desrespeita a presunção de inocência. Além do mais, muitos condenados por tráfico são usuários, e o suspeito surpreendido próximo ao local de tráfico não quer dizer que é traficante, pois usuário também frequenta locais de venda de drogas, para adquiri-las. (JUNQUEIRA, FULLER, 2010, p.265)

3.3.5 O DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS PENAS DO “CAPUT” DO ART.28

O legislador, ao editar o parágrafo 6º do art.28 da Lei de Drogas, buscou assegurar o cumprimento das sanções, sendo que nos casos de descumprimento das sanções impostas, o juiz poderá aplicar de forma sucessiva, as medidas de admoestação verbal ou multa. (BATISTA; ÁLVARES, 2010, p.15)

Aparentemente preocupado com a suavidade das sanções ao usuário contidas no caput do art. 28, o legislador introduziu o parágrafo 6º a fim de assegurar o cumprimento das medidas educativas determinadas. Caso o agente se recuse, injustificadamente, a cumpri-las o juiz poderá submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e multa. Entretanto, as sanções pelo não cumprimento se mostram ainda mais suaves que as próprias sanções originais.[...]. (BATISTA; ÁLVARES, 2010, p.15)

3.3.5.1 Admoestação Verbal

A admoestação verbal consiste em uma espécie de censura feita oralmente pelo magistrado ao condenado, de forma a avisar com firmeza o agente

que ele não vem cumprindo corretamente a pena aplicada e está sujeito à sanção pecuniária caso continue a descumprir. A audiência de admoestação será reduzida em termo próprio não sendo necessário reduzir a fala do juiz, pois se trata de exortação verbal. (NUCCI, 2016, p.331)

3.3.5.2 Multa

Segundo Mendonça e Carvalho (2013, p.78-79) a multa é um valor fixado conforme previsto no art.29 da Lei de Drogas e pago pelo condenado. Tem caráter extrapenal, sendo que sua finalidade é buscar com que o condenado cumpra a pena fixada. Assim, o pagamento não pode ser entendido como retribuição pela prática do fato ilícito. Portanto, essa medida não é considerada pena.

3.3.6 TRATAMENTO ESPECIALIZADO NÃO COMPULSÓRIO

O art.28, §7º da Lei de Drogas concede o tratamento especializado não compulsório somente nos casos de usuário-dependente, deste modo não se trata de uma sanção imposta, mas sim de uma ajuda gratuita em que o juiz determinará ao Poder Público que coloque a disposição do usuário-dependente, estabelecimentos de saúde ambulatorial, de forma a fazer com que o usuário compareça ao local nos dias marcado, para realizar o tratamento especializado. Caso o usuário dependente não compareça ao tratamento ou se negue a realiza-lo, este não será penalizado de nenhuma forma, visto o tratamento não ter caráter de sanção. (LIMA, 2013, p.733-734)

3.3.7 VALOR DA MULTA COERCITIVA

O art.29 da Lei de Drogas estabelece o procedimento para aplicação da multa coercitiva. O juiz deve fixar o número de dias-multa nunca inferior a 40

(quarenta) e nem superior a 100 (cem), sendo que o valor do dia-multa deve ser ajustado entre no mínimo de um trinta avos até 3(três) vezes o valor do maior salário mínimo, devendo sempre observar a capacidade econômica do agente. O valor decorrente da multa será encaminhado ao Fundo Nacional Antidrogas. (GAZOLLA, 2008, p.44)

3.3.8 PRESCRIÇÃO

O art.30 da Lei de Drogas apresenta o prazo prescricional de 2 (dois) anos para a pretensão punitiva bem como para a pretensão executória. (MARCÃO, 2015, p.89)

O art. 30 faz referência à prescrição da pretensão punitiva, ou seja, ao direito que o Estado possui de impor determinada sanção penal àquele imputável que praticou fato típico (delito), referindo-se também à prescrição da pretensão executória, assim compreendida como o dever que o Estado tem de fazer cumprir o comando emergente da sentença penal; fazer executar a pena aplicada, que pode decorrer de transação penal devidamente homologada pelo juiz competente, ou de condenação em processo de conhecimento, sempre, em todas as situações, com observância do devido processo legal. O prazo de prescrição da pretensão punitiva e também da pretensão executória de crime previsto no art. 28, caput ou § 1º, é de dois anos. (MARCÃO, 2015, p.89)

De acordo com Lima (2013, p.738) a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória do direito de punir do Estado, em razão de sua inércia, por não ter aplicado sanção penal dentro do prazo determinado.

4ASPECTOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À DESCRIMINALIZAÇÃO

Uma vez compreendido o art.28 da Lei de Drogas e o tratamento jurídico do usuário, tem-se por necessário submeter à análise dos aspectos da descriminalização por uma perspectiva constitucional, é o que se passa a fazer.

4.1 A Dignidade Da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida na França em 1789, com a edição da Declaração do Homem e do Cidadão. Ocorre que, somente em 10 de dezembro de 1948, a Organização das Nações Unidas editou a Declaração Internacional de Direitos Humanos, devido às crueldades do regime nazista.(FREITAS, 2015, s.p.)

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana está no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França. Mas foi com as atrocidades praticadas no regime nazista, na primeira metade do século passado, que se evidenciou a necessidade de ajustarem as nações uma forma permanente de proteção. Assim foi que a Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, editou a Declaração Internacional de Direitos Humanos, dispondo no seu primeiro artigo que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (FREITAS, 2015, s.p.)

Segundo Luís Roberto Barroso (2015, p.283-284), após a Segunda Guerra Mundial a dignidade da pessoa humana passou a ser fundamental em virtude de sua materialização na constituição democrática. Ocorre que, esse fundamento, por ser muito amplo, acaba funcionando “como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções”. Assim, nos litígios em que há questões controvertidas, ambos os lados acabam recorrendo ao princípio da dignidade da pessoa humana para solucioná-los.

A Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, inciso III, estabelece como princípio constitucional a dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser um

princípio jurídico fundamental, devido ao seu valor normativo, ético e moral. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p.259)

A sua inserção no Título dos Princípios Fundamentais (e não no Preâmbulo) é indicativa de sua eficácia e aplicabilidade, ou seja, da sua condição de norma jurídica, ademais de valor. Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, também a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p.259)(Grifo no original)

Desta forma Luís Roberto Barroso (2015, p.285) estabelece que os princípios constitucionais possuem papel relevante no sistema jurídico, tendo dois deles como destaque: “o de fonte direta de direitos de deveres”, que nada mais é do que regras extraídas do núcleo essencial que afeta os casos efetivos; e o interpretativo, que diz respeito aos casos em que se busca até que ponto que o princípio da dignidade humana abrange os direitos constitucionais. Assim, em caso de falha no ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana surge como a melhor forma para solucioná-la. Ademais, será nula a lei que viola a dignidade da pessoa humana.

Segundo Bulos (2015, p.502), a dignidade da pessoa humana sob interpretação constitucional funciona como um “sobreprincípio”, de modo que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 andam em conjunto com a dignidade da pessoa humana.

Importância da dignidade humana na exegese constitucional – a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um *sobreprincípio*, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art.5º, II), o da liberdade de profissão (art.5ºXIII), o da moralidade administrativa (art.37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Assim, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete. (BULOS, 2015, p.502) (Grifo no original)

Mendes e Branco (2016, p.239) consideram o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula pétrea, devido seu alto valor na aplicação, mesmo não estando prevista no art.60, §4º, da Constituição Federal.

De acordo com Bottini (2015, s.p.), a dignidade da pessoa humana é definida como “a capacidade de autodeterminação do ser humano, para o desenvolvimento de um mundo de vida autônomo, onde seja possível a reciprocidade. Assim, ao criminalizar o porte de droga para uso pessoal, a lei parece afrontar a ideia de dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III da Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana limita o uso do direito penal como instrumento de controle social. Desse modo, em sendo esta a face mais grave e violentada da manifestação estatal, sua incidência se restringe à punição de comportamentos que violem esta liberdade de autodeterminação do indivíduo, que prejudicam o desenvolvimento deste espaço de criação do mundo de vida, além do mais, se não atingem terceiros, não têm relevância penal. No mesmo sentido, são estranhos ao direito penal comportamentos ideológicos, religiosos e sexuais que não afetem a autodeterminação de terceiros. (BOTTINI, 2015, s.p.)

Aduz Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659 (2015, p.36) diz que o direito à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, advém de alguns princípios e direitos constitucionais, sendo eles: a dignidade da pessoa humana o direito à intimidade, à privacidade, à honra e a imagem.

A finalidade do Estado é proteger as causas definidas na Constituição, desta forma, o princípio da liberdade geral não aceita que, não havendo previsão constitucional, o Estado interfira na autonomia da vontade do cidadão. Além do mais, a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana presume como sendo amplo o reconhecimento da autonomia do indivíduo, conforme diversos valores previstos na Constituição. (RE Nº 635.639, VOTO MINISTRO MENDES, 2015, p.36)

Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade

da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.(RE N° 635.639, VOTO MINISTRO MENDES, 2015, p.36)

Afirma Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário nº635.659, (2015, p.8) que a liberdade é a essência da autonomia da vontade, assim sendo sua origem adveio da dignidade humana, portanto, a autonomia é a segurança da autodeterminação do indivíduo que tem a liberdade de fazer suas escolhas, não podendo o Estado suprimi-las.

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade. Exs mais óbvios: o Estado e a sociedade não podem decidir com quem você vai se casar, qual deve ser a sua religião ou que profissão você vai seguir. (RE N° 635.639, VOTO MINISTRO BARROSO, 2015, p.8)

A criminalização do consumo de drogas protege o patrimônio, a saúde, tanto individual como a pública, a integridade física e a vida de terceiros. No entanto, proibir o uso de drogas, com legislação penalmente, seria legítimo se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da dignidade humana. Desta forma, não pode haver a punição do usuário, tendo em vista atingir seu próprio bem jurídico. Por isso, o uso do direito penal contra o usuário de drogas com a justificativa de protegê-lo não possui legitimidade. (BOTTINI, 2015, s.p.)

4.2A Lesividade

Segundo Rodrigues (2012, p.24), o princípio da lesividade refere-se à lesão de bens jurídicos, lesões essas que devem ser significantes para que desta forma se materialize o crime conforme regras estabelecidas pelo princípio.

Assim, para que ocorra o crime é preciso que haja um bem jurídico de outrem sujeito a ser lesionado.

Uma infração penal só ocorre quando há alguma ameaça a um bem protegido juridicamente, ou seja, quando há um perigo real de lesão a este bem jurídico, o legislador não deve qualificar como crime os atos incapazes de ocasionar dano ou colocar em perigo qualquer bem jurídico protegido penalmente. (BITENCOURT, 2016, p.61)

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal. (BITENCOURT, 2016, p.61)

Em todo Direito Penal deve estar presente o princípio da ofensividade ou a lesividade. Desta forma, não há necessidade de haver danos concretos em sua conduta, pois se houvesse necessidade a tentativa não poderia ser punida. (PACELLI; GALLEGARI, 2015, p.91)

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos protege direitos subjetivos seguindo o mesmo caminho da ofensividade, desta forma, o comportamento que não traz perigo ou lesão ao bem jurídico será considerado pelo direito penal uma conduta ilegítima. (MENDES; BOTTINI; PACELLI, 2011, p.172)

Dentre tais princípios, merece destaque o de exclusiva proteção de bens jurídicos, a determinar a proibição do estabelecimento de penas que não tenham como fundamento a afetação de um valor ou interesse de especial relevância social (limite material de criminalização). A proteção de direitos subjetivos já era o limite racional assinalado pela Ilustração, ao qual se acrescentou a ideia de ofensividade. Assim, a ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima sempre que não esteja lastreada na proteção de um bem jurídico, concretamente sujeito a lesão ou a perigo. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é apto, assim, a representar para a política criminal campo maior de sua influência, tanto mais rico em consequências quanto mais se logre determinar com exatidão tais bens jurídicos. (MENDES; BOTTINI; PACELLI, 2011, p.172)

O princípio da lesividade ou ofensividade cuida do critério político criminal, podendo ser ou não criminalizado. Ocorre que a norma penal somente deve proteger as condutas que causem dano ou risco ao bem jurídico penalmente relevante. Desta forma, não se admite uma intervenção estatal excessiva, que estabeleça deveres e obrigações, por meio de infrações. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, s.p.)

Aduz Martinelli e Bem (2016, p.629) que o jurista deve observar o princípio da lesividade ao calcular a pena do indivíduo, este não deve ser condenado pelo seu jeito de ser, mas sim pelas atitudes praticadas, sendo assim, ninguém deve ser qualificado como um ser infrator por certos defeitos ou qualidades a que possui.

Não obstante comporte inúmeras funções no sentido de proibir incriminações, o princípio da lesividade a elas não se limita. O juiz deverá observá-lo também no cálculo da pena, pois, por exemplo, o agente deve ser condenado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não um direito penal de autor. O julgador não deve atuar no sentido de punir o ser, senão o fazer de uma pessoa, visto que “o direito é uma ordem reguladora de condutas humanas” e “ninguém, num sistema penal democrático, pode ser qualificado como delinquente por ter certas qualidades ou defeitos segundo os critérios sociais dominantes”. Sob o ângulo da menor lesividade ao apenado, o magistrado deve atuar “despido de considerações de ordem moralizante e imune a apelos preventivo gerais no uso ou no aumento da pena, estes fundamentalmente calcados em um imaterial utilitarismo”. (MARTINELLI; BEM, 2016, p.629)

De acordo com Bitencourt (2016, p.62) o Direito Penal estabelece duas funções ao princípio da ofensividade ou lesividade, sendo elas: função político-criminal, que busca informar preventivamente a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; função interpretativa, “esta finalidade manifesta-se *a posteriori*, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada”.

O princípio da lesividade, ou também chamado de ofensividade, pode ser visto abstrata ou concretamente. Pelo modo abstrato, para o fato ser considerado crime é preciso que um bem jurídico seja prejudicado com esta conduta e, pelo modo concreto, as efetivas práticas só serão efetivas a partir do momento que o indivíduo ocasionar dano ao bem jurídico de outros. Sendo a forma abstrata melhor direcionada ao legislador e a concreta direcionada melhor ao aplicador da norma das condutas. O princípio da lesividade é muito importante, garantindo a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois ele que impede a criação de um

crime por interesses, evitando assim qualquer discriminação. O Direito Penal não pode considerar como crime a autolesão, pois a mesma não ocasiona dano ou prejudica qualquer bem jurídico. (RODRIGUES, 2012, p. 24-26)

A primeira coisa que se deve ter em mente é que o princípio da lesividade, ou ofensividade, como preferem alguns autores, possui duas óticas distintas; uma primeira, abstrata e estrutural, que se destina à própria criação de crimes, através da qual, para um fato ser previsto na lei como crime, é preciso que haja um bem jurídico alheio tutelado, a ser lesionado com a realização da conduta prevista. Numa segunda ótica, mais concreta, o princípio da lesividade vai se dirigir à efetiva prática das condutas típicas, estabelecendo que elas só serão materializadas a partir do momento em que o agente entrar no âmbito alheio, atentando contra o bem jurídico de outrem. O princípio da lesividade possui uma grande função prática, que se refere tanto à primeira ótica, abstrata e direcionada ao legislador, quanto à segunda ótica, mais concreta e direcionada ao aplicador da norma na avaliação das condutas humanas. [...] Função decorrente do princípio da lesividade: Proibir a incriminação de fatos internos (sentimentos, emoções, vontades, desejos) e de condutas que não ultrapassem a esfera do próprio agente, ou seja, que não afetem bem jurídico de terceiro. Desta forma, o princípio da lesividade desempenha uma função essencial para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito, pois impede que um crime seja criado com base apenas em interesses do Estado, ou de certas pessoas, evitando que, por meio do Direito Penal, haja qualquer tipo de perseguição ou discriminação. Ainda devido a esta função, o Direito Penal não pode incriminar a autolesão, pois só pode haver crime em relação a um bem jurídico alheio, sendo que condutas autolesivas, independentemente do bem jurídico afetado, devem ser vistas como um indiferente penal. [...] Com base na relação entre o princípio da lesividade e as autolesões impuníveis, surgem inúmeras discussões sobre a constitucionalidade ou não da incriminação de determinadas condutas como: o uso (ou porte para uso) de substância entorpecente – Lei n. 11.343/2006, [...] gerando opiniões absolutamente divergentes na doutrina e na própria jurisprudência quanto à punibilidade e constitucionalidade destas normas. (RODRIGUES, 2012, p.24-26)

De acordo com Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário nº635.659 (2015, p.1), o art.5º, inciso X, da Constituição Federal preserva os caminhos escolhidos pelo cidadão, no entanto, estes caminhos não podem lesionar terceiros, pois se houver lesão aos bens jurídicos de outrem, esta conduta será considerada como crime.

Além do mais, o art.28 da Lei 11.343/2006 “pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada.”(RE Nº 635.639, VOTO MINISTRO MENDES, 2015, p.1)

Segundo Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário nº635.659 (2015, p.9-10) para que ocorra legitimidade na restrição de um direito, esta deve ser

proporcional. O direito penal veda condutas, lesões de forma excessiva ou protegem de forma falha. A lesividade só ocorre com o ato de ofender um bem jurídico de terceiro, não havendo esta ameaça, não há criminalização. No caso de um usuário de maconha, ele próprio é o bem jurídico afetado pelo uso, e não outrem. Por não existir lesividade a um bem jurídico de terceiro, não há criminalização, bem como não há punição do Estado como na tentativa de suicídio ou autolesão.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, na sua dimensão instrumental, funciona como um limite às restrições dos direitos fundamentais. Para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional. Em matéria penal, tal ideia se expressa em alguns conceitos específicos, que incluem a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente. O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima. [...]. Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema. (RE N° 635.639, VOTO MINISTRO BARROSO, 2015, p.9-10)

Para Fachin em seu voto no Recurso Extraordinário n° 635.659 (2015, p.7) a posse de drogas para uso pessoal deve ser avaliada constitucionalmente a partir de uma análise do princípio da ofensividade, em que deve ser verificada, de acordo com o fato, se ocorreu lesão ao bem jurídico protegido.

O princípio da ofensividade é o início para determinar o campo de restrição à autonomia. Assim, “somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.” (RE N° 635.639, VOTO MINISTRO FACHIN, 2015, p.8)

4.3 Intimidade E Vida Privada

Segundo Rodrigues (2007, p.79), com a edição da Constituição Federal de 1988 se estabeleceram os direitos da personalidade, conforme art.5º, “X — são invioláveis: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A dignidade da pessoa humana prevista no art.1º, III, da Constituição Federal, é um princípio fundamental que guia o direito civil para que busque tutelar os bens do homem que não podem ser alienados, dentre eles a intimidade, a honra, a imagem, a defesa da vida e da liberdade, entre outros. (MELO, 2014, p.55)

O que o Estatuto Civil, no seu conjunto, procura proteger são aqueles bens inalienáveis do ser humano, os quais compõem sua dignidade, e que não podem ser desrespeitados, dentre eles, a integridade física, moral e intelectual, nelas compreendidas a defesa da vida, da liberdade, inclusive de pensamento, assim como a liberdade política e religiosa, da intimidade, da honra, do nome, da imagem, enfim, de todos aqueles atributos que a Constituição Federal de 1988 classificou como um dentre os princípios fundamentais pelo qual o Estado Democrático brasileiro deveria se reger – a dignidade humana (art. 1º, III). (MELO, 2014, p.55)

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.196), direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Aduz Melo (2014, p.70) que a intimidade e a vida privada são direitos distintos, mas ambos têm fundamento no art. 5º da Constituição Federal. A intimidade está ligada a vida íntima do ser humano, não podendo ninguém interferir em suas decisões referente ao seu relacionamento amoroso como por exemplo. A vida privada está ligada aos acontecimentos que ocorrem de forma habitual, como por exemplo, o sigilo bancário. Caso ocorra violação de algum desses direitos, o judiciário poderá ser acionado pela vítima.

Não é fácil distinguir intimidade de privacidade, porque uma se confunde com a outra, mas vamos tentar fazer uma diferenciação, alertando que ambas estão garantidas e protegidas pela nossa Constituição Federal (CF, art. 5º, X). A intimidade tem a ver com a vida interior das pessoas, sobre as coisas de sua família, sobre seus modos de vida íntima, sua vida amorosa, enfim seus segredos, que a ninguém é dado o direito de violar ou intrometer-se. São aspectos íntimos da vida das pessoas que hoje se encontram ameaçados constantemente principalmente em face do desenvolvimento tecnológico que permite invasões e intromissões indesejadas, tais como as ações dos “paparazzi”. Já a vida privada das pessoas tem a ver com o recato no próprio lar, aos fatos e hábitos, às comunicações, aos sigilos bancário e fiscal etc. São aspectos da vida da

peessoa que, mesmo sendo notória e famosa, tem o direito de ficar só e de não ser importunada por questões que são de sua exclusiva vida interna, podendo a vítima se socorrer do judiciário para impedir ou fazer cessar as interferências (CC, art. 21). (MELO, 2014, p.70)

O direito à vida privada, por ser mais amplo, abrange o direito à intimidade. Ocorre que este direito tem duas características: a primeira de permanecer sozinho, com direito de não falar, conjuntamente de não ser invadido por outras pessoas ou pela autoridade pública. A autoridade pública só poderá interferir em sua intimidade caso ocorra determinação legal. (PEREIRA, 2016, p.218)

O Código Civil em seu art.21 estabelece à proteção a intimidade, desta forma, o juiz poderá tomar providências a pedido do interessado caso ocorra alguma violação a vida privada do cidadão. O art.21 do Código Civil está em conformidade com o art.5º, X da Constituição Federal, assim é assegurado o direito a indenização caso tenha ocorrido dano moral ou material, além do mais, aquele que foi lesado, pode reclamar para que o ato ilegal ou abusivo seja encerrado.(GONÇALVES, 2016, p.209)

A proteção à intimidade Dispõe o art. 21 do atual Código Civil: “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma”. O dispositivo, em consonância com o disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, suprarreferido, protege todos os aspectos da intimidade da pessoa, concedendo ao prejudicado a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal. Caso o dano, material ou moral, já tenha ocorrido, o direito à indenização é assegurado expressamente pela norma constitucional mencionada. A proteção à vida privada visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia etc.[...]. (GONÇALVES, 2016, p.209)

Segue a mesma linha de pensamento Monteiro e Pinto (2016, p.122) conforme dispõe:

O art. 21 encerra o capítulo dispondo sobre a intimidade: a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma. O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem se conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, conhecimento, intromissão ou interferência de quem quer que seja. (MONTEIRO; PINTO, 2016,p.122)

O direito a vida, a intimidade e a imagem são direitos personalíssimos, não podendo ser renunciáveis, tendo em vista como característica a ordem pública, não podendo ninguém dispor desses direitos. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.206)

Não ocorre a prescrição em relação aos direitos da intimidade e da vida privada, por serem direitos personalíssimos. (LÔBO, 2015, p.326)

As pretensões dos direitos da personalidade, dos demais direitos personalíssimos e dos direitos indisponíveis são imprescritíveis. Não se pode cogitar de prescrição em relação aos direitos à honra, à intimidade, à vida privada, à imagem, à identidade pessoal. O que pode ser objeto de prescrição são os efeitos patrimoniais da violação a esses direitos ou da limitação desses direitos, em situações excepcionais. (LÔBO, 2015, p.326)

Conforme Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário nº635.659 (2015, p.26-38) o caso da posse de drogas para uso pessoal há, de um lado, a segurança e a saúde pública, e, do outro lado, o direito à intimidade e a vida privada. Assim, tendo em vista o bem jurídico coletivo ter efeito menos gravoso do que o bem jurídico individual, se estabelece que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz ofensa excessiva e agressiva à privacidade e à intimidade do usuário, por não respeitar a decisão do usuário de colocar em risco a própria saúde.

Ainda, em seu voto no Recurso Extraordinário nº635.659 Mendes (2015, p.40-49) aduz que é inconstitucional a criminalização da posse de drogas para uso pessoal, “por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.” Ademais, desnecessariamente a criminalização coíbe, de forma máxima, a autodeterminação, os direitos à intimidade e a vida privada, porém o que ocorre é a autolesão na conduta do usuário, desta forma busca-se a regulamentação com menor gravidade.

De acordo com Fachin, em seu voto no Recurso Extraordinário nº635.659 (2015, p.5) a autodeterminação está ligada à liberdade, a privacidade e a intimidade, não podendo o Estado interferir em bem jurídico individual. O Estado somente poderá intervir em caso de lesão a bens jurídicos de terceiros.

Nesta arena, entende-se que a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou

alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal.[...] (FACHIN, 2015, p.5)

São direitos fundamentais preservados pelo art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, a intimidade e a vida privada, são a essência do direito de privacidade. O direito à privacidade quer dizer que o ser humano possui uma área em que não pode haver intervenção do Estado, e nem de outros seres humanos. “O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade.” Por fim, não pode bem jurídico alheio ser afetado. (RE Nº 635.639, VOTO MINISTRO BARROSO, 2015, p.7)

4.4 Jurisprudência TJPR, STJ E STF

Após o estudo histórico e atual do uso de drogas e dos aspectos constitucionais inerentes à descriminalização, passa-se a análise dos entendimentos que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm a respeito do tema.

Ilustra, a seguir, o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, da Quarta Câmara Criminal, quanto à matéria prevista no art.28 da Lei nº 11.343/2006 (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 1532056-0 - Curitiba - Rel.: Lidia Maejima - Unânime - - J. 22.09.2016):

APELAÇÃO CRIME. SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A NARCÓTRAFICÂNCIA PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO, INSCULPIDO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006.IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PLEITO DE CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE.AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA ATESTAR A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS PELOS APELADOS. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA MANTIDA.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. FI. 2 (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 1532056-0 - Curitiba - Rel.: Lidia Maejima - Unânime - - J. 22.09.2016)

O Ministério Público do Estado do Paraná apresentou denúncia contra Bruce Klainer e Jeferson Willian Souza de Oliveira, por infração aos artigos 33, *caput*

e 35 da Lei de Drogas, pela prática, em tese, dos seguintes fatos delituosos: tráfico de substâncias entorpecentes e associação para o tráfico de entorpecentes. O processo, por estar em fase recursal, o apelante em suas razões recursais, requer as condenações dos apelados nos art.33, *caput* e 35 da Lei de Drogas, nos termos na inicial. Contrarrazões devidamente apresentadas pelos apelados, em que foi conhecimento e desprovemento a apelação. Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovemento do apelo. A ementa referida trata do recurso de apelação para reformar a decisão do juízo *a quo*, que decidiu por julgar de forma a desclassificar e condenar os réus no art.28 da Lei de Drogas, além do mais, foi declarada extinta a punibilidade, tendo em vista o cumprimento da sanção imposta em que os réus permaneceram presos no período processual. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manifestou-se por conhecer o recurso, e no mérito, negou provimento, uma vez que o apelo do Ministério Público não foi acolhido, sendo merecida a sentença desclassificatória, visto que o conjunto probatório reunido nos autos não é suficiente para comprovar a prática do crime de tráfico de drogas pelos réus. Além do mais, restou configurado a materialidade da prática do art.28 da Lei nº11.343/2006, conforme autos de exibição, apreensão, constatação provisória e pesquisa toxicológica. Nos interrogatórios policiais os réus permaneceram calados. Em juízo os réus prestaram interrogatório no mesmo sentido, confirmando que estavam juntos com mais dois adolescentes, usando drogas na casa do Jeferson (réu). Os apelados afirmaram que não usam mais drogas. Na fase administrativa, o Policial Militar Tonimar Josefczak narrou que: estava com seus companheiros fazendo patrulhamento no bairro Uberaba quando avistou dois indivíduos correndo para trás de uma casa ao avistarem os policiais; que entraram na casa, sendo encontrada aproximadamente cinco gramas de maconha e dois gramas de cocaína, dividida em 25 buchas e R\$181,00 em dinheiro. Que os proprietários da casa foram identificados como sendo Bruce e Jeferson, que desta forma deram voz de prisão a eles, sendo levados ao CIAC/Sul. No mesmo sentido, foi o depoimento do policial Silvestre de Oliveira Lopes, quando ouvido pela autoridade policial. Porém, afirmou o Policial Militar Silvestre de Oliveira Lopes em juízo, que não se lembrava dos fatos da denúncia, muito menos dos réus, por haver muitas ocorrências similares, não podendo colaborar para solucionar o caso. O Ministério Público desistiu da oitiva do Policial Militar Tonimar Josefczak, sendo homologada pelo juízo de primeiro grau. O art.28, §2º da Lei nº 11.343/2006,

estabelece os parâmetros para diferenciar o traficante do usuário. Assim, não é considerado critério absoluto o mero armazenamento da droga, desta forma não foi encontrado nos autos indícios suficiente para configurar a conduta como tráfico. A Secretaria de Justiça do Estado do Paraná em conjunto com a Secretaria Nacional sobre Drogas, com base em critérios utilizados em outros países, elaboraram relatório técnico informando que o usuário pode consumir até 2,5 gramas de maconha por dia, e nos casos de usuário de cocaína, este pode consumir até 5,2 gramas da droga. Neste caso, as drogas encontradas com os réus encontram-se dentro do parâmetro estabelecido no relatório técnico. Os réus não possuem maus antecedentes. Portanto, não havendo dúvida e, não tendo elementos que ampare a prática do tráfico por parte dos réus, a sentença desclassificatória deve ser mantida, por seus próprios fundamentos. Da mesma forma, não se pode incriminar os réus pelo crime previsto no art.35 da Lei de Drogas. Por fim, os Desembargadores Lidia Maejima (Presidente com voto), Carvilio Da Silveira Filho e Celso Jair Mainardi, votaram de forma unânime em conhecer do recurso, e no mérito, negar-lhe provimento. (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 1532056-0 - Curitiba - Rel.: Lidia Maejima - Unânime - - J. 22.09.2016)

Pronuncia o Superior Tribunal de Justiça, sob a análise do Relator Ministro Ribeiro Dantas (STJ - HC 360.123/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016):

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL ANTERIOR COM DECISÃO ABSOLUTÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART.16 DA LEI N.6.368/1976. CONDUITA NÃO DESCRIMINALIZADA PELO ART.28 DA LEI N.11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART.33 DA LEI N.11.343/2006. AFASTAMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício. 2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. 3. A ação penal anterior, na qual foi o paciente foi absolvido, não pode caracterizar maus antecedentes, para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo

legal, em atenção ao princípio da não-culpabilidade.4. A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art.16 da Lei n. 6.368/1976 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art.33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n.11.343/2006, mas apenas a despenalização. 5. Mantido o quantum da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art.44, I, do Código Penal). 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base, fixando a pena final em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, mantido o regime inicialmente fechado.(STJ -HC 360.123/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016)

Habeas corpus nº 360.123-SP (2016/0160173-0), impetrado em favor de Lucas Ricardo Dos Santos, contra autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.O paciente foi condenado a pena de 10 (dez) meses de prestação de serviços à comunidade, por ter praticado conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas.Em recurso, o Tribunal condenou “o paciente à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006”.O impetrante não contente com o calculo da pena, por considerar indevida a reincidência, pela prática do art.16 da Lei nº6.368/1976 e também por maus antecedentes, não podendo haver agravante em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e razoabilidade.O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, cabendo, na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O paciente requer o afastamento da agravante de reincidência e dos maus antecedentes, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em grau máximo, e cumprimento da pena em regime aberto, e sua substituição por restritivas de direitos.O Ministério Público Federal opinou para que seja afastado o aumento da pena pelos maus antecedentes, e que seja fixado o regime semiaberto.O Supremo Tribunal Federal e esta corte pacificaram que não cabe *habeas corpus* para substituirrecurso, não conhecendo a impetração, “salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado”.A decisão do Corte *a quo*, não tem razão, tendo em vista a pena-base ter sido majorada em 1/6 acima do mínimo legal, e os antecedentes criminais terem sido valorados negativamente “em

razão de ações penais anteriores em que o paciente foi absolvido e impronunciado.” Assim, mesmo existindo certo grau de discricionariedade no cálculo da pena, este critério não pode caracterizar maus antecedentes, de acordo com o princípio da não culpabilidade. Não havendo maus antecedentes, verifica-se a ilegalidade da pena-base, não havendo justificativa para o acréscimo, de forma a não observar o princípio da individualização da pena, concedida de ofício no mínimo de 5 anos. A defesa não tem razão nas questões referente à agravante da reincidência e na aplicação da diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois ocorreu condenação pela prática da conduta prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/1976. O Superior Tribunal de Justiça entende “que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator.” (STJ - HC 360.123/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016)

Desse modo ficou estabelecida a dosimetria da pena (STJ - HC 360.123/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016):

Na primeira fase, pelos motivos acima expostos, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa. Na segunda etapa, majoro a pena em 1/6, em razão da agravante de reincidência, ficando a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa, a qual torno definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena, conforme delineado pela Corte de origem. Por fim, consigne-se que, mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). (STJ HC 360.123/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016) (Grifo no original)

Por fim, o *habeas corpus* não foi conhecido, porém foi concedida de ofício a redução da pena-base, conforme estabelecido na dosimetria da pena, o regime inicial será o fechado. (STJ - HC 360.123/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016)

Em 20 de agosto de 2015, o Ministro Gilmar Mendes, (2015, p.1, 54-56) votou como relator o recurso extraordinário nº 635.659, com repercussão geral, sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Assim, o Ministro Gilmar

Mendes deu provimento ao recurso para: declarar a inconstitucionalidade do art. 28, retirando todo efeito de natureza penal. No entanto, enquanto não houver Lei específica regulando como medida de natureza administrativa, deverá ser mantida a legislação no que couber; Deverá ser notificado a comparecer em juízo, aquele que praticar alguma das condutas previstas no art. 28, conforme interpretação da Constituição ao art. 48 da Lei de Drogas; Em caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas, o acusado deverá ser apresentado ao juiz no mesmo momento, para que então, seja possível a conversão da prisão em flagrante, em prisão preventiva, conforme interpretação da Constituição ao art. 50 da Lei de Drogas; Não poderá o acusado, ser condenado, por não ser típica a conduta; O Conselho Nacional de Justiça deverá tomar as medidas cabíveis em conjunto com outros órgãos, no prazo de seis meses, a contar do RE nº 635.659, no que diz respeito às condutas previstas no art. 28 da Lei de Drogas, com atuação em diversas disciplinas, montar programas de prevenção do uso indevido de drogas com meios adequados de recuperação de usuários, regular como será o monitoramento das audiências de apresentação dos presos ao juiz, por fim, apresentar relatórios, a cada seis meses de todas as providências e resultados da decisão.

20/08/2015 PLENÁRIO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO VOTO O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que define como crime “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, com sujeição às seguintes penas: “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”[...] Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para: 1 – Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, 54 Em elaboração RE 635659 / SP com natureza administrativa; 2 – Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; 3 – Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 50, caput, da Lei 11.343/06, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz; 4 – Absolver o acusado, por atipicidade da conduta; e 5 – Determinar ao Conselho Nacional de Justiça as seguintes providências: a) Diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos

necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar; b) Articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas. 55 Em elaboração RE 635659 / SP c) Regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com o respectivo monitoramento; d) Apresentar a esta Corte, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação. É como voto. (RE N° 635.639, VOTO MINISTRO MENDES, 2015, p.1, 54-55-56)

O Ministro Edson Fachin (2015, p.18-19), votou no recurso extraordinário nº635.639, em dar parcial provimento ao recurso para: declarar a inconstitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas, somente nos casos em que a droga encontrada for a maconha. A Lei nº 11.343/2006, deve vedar o uso e o porte para consumo pessoal, de todas as outras drogas consideradas ilícitas; Declarar a inconstitucionalidade das condutas de produção e comercialização da maconha, até o surgimento de Lei regulamentadora, no entanto, mantendo de forma provisória, as tipificações criminais previstas no título IV, da Lei de Drogas; O usuário e o traficante deverão ser diferenciados em virtude de quantidades mínimas definidas em Lei, sendo que, o modelo de políticas públicas sobre drogas, fica ao poder dos órgãos do Executivo, até o advento de Lei específica, assim, no prazo máximo de 90 dias, deve haver a emissão de medidas consideradas de presunção relativa, passíveis de verificação ao caso concreto; O acusado deve ser absolvido, por não ter tipicidade à conduta; O STF, em virtude do interesse público relevante, busca aprofundar seu conhecimento nesse assunto, com informações de pessoas e entidades experientes, tendo sugerido ao Plenário “a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária”, a fim de acompanhar as deliberações do STF, designada pelo Presidente, sobre a diferença entre usuário e traficante, bem como as formas de regulamentação, entre outros.

[...] Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos, para: (i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; (ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; (iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à

comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva 19 dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343; (iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; (v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. (vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização. É como voto. (RE N°635.659, VOTO MINISTRO FACHIN, 2015, p.18-19)

Apresenta Barroso (2015, p.15-16), no voto do recurso extraordinário n°635.659, que é devido a descriminalização do porte de drogas, para consumo pessoal, pelas razões jurídicas e pragmáticas, sendo tal medida constitucionalmente legítima. Desta forma, busca estabelecer medidas a distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas, pois sem essa distinção, a discriminação de quem pratica tal conduta por ser rico, sendo enquadrado como usuário, e pobre, sendo enquadrado como traficante. Assim, o Ministro votou em dar provimento ao recurso extraordinário com repercussão geral, de forma a estabelecer a inconstitucionalidade das condutas previstas no art.28 da Lei de Drogas, desta forma, absolvendo o acusado, por tal conduta ser considerada atípica. Para os fins da Lei de Drogas, será considerado usuário o indivíduo que estiver portando até 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas. O juiz terá toda a liberdade ao analisar o caso concreto, podendo considerar que as quantidades acima do permitido sejam consideradas para uso próprio, e que as quantidades a menor, sejam consideradas como tráfico, sendo que, neste último caso, ao tratar do tráfico, deverá estabelecer argumentos mais elevados para a

acusação e órgãos julgadores. Assim, fica estabelecido até que ocorra a devida regularização pelo Congresso Nacional.

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 16 recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. 7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.” (RE Nº 635.659, VOTO MINISTRO BARROSO, 2015, p.15-16)

Até o presente momento, o Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral, que trata da inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal, encontra-se suspenso, atendendo ao pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. A última sessão ocorreu em 10 de setembro de 2015, com os votos dos Ministros Fachin e Barroso. (NOTÍCIAS STF, 2015, s.p.)

4.5 Alternativas À Criminalização Em Outros Países

Lesiona Mendes (RE N° 635.659, VOTO MINISTRO 2015, p.40) no recurso extraordinário n°635.659 que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, em que as convenções internacionais reproduziam normas repressivas, ocorreu um aumento nas alternativas à criminalização por vários países, devido à elaboração do “Plano de Ação da ONU até 2019”, discutido na *Comission on Narcotic Drugs*, em 2009. Neste plano, foram traçadas estratégias para que cada país praticasse experiências a respeito da descriminalização do uso das drogas.

Portanto, neste item serão analisadas as legislações de outros países, sobre o uso e porte de drogas para o consumo pessoal.

4.5.1 Na Argentina

Em agosto de 2009, a Suprema Corte considerou inconstitucional a Lei que criminaliza o uso de drogas. Desta forma, a posse de drogas para uso pessoal foi descriminalizada. Não há critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante. Os critérios utilizados pela Corte para definir posse para uso pessoal são: pequena quantidade e, cabe ao juiz, determinar outras circunstâncias que serão levadas em consideração. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.5)

4.5.2 Na Bolívia

Não há limite nas quantidades, a diferenciação entre traficante e usuário é feita por um especialista em saúde pública, e a internação é compulsória, não havendo a criminalização do uso e porte de drogas. (RUIC, 2016, s.p.)

4.5.3 No Chile

Em seu voto no recurso extraordinário nº635.659, o Ministro Gilmar Mendes (2015, p.42) explicou que a alternativa à criminalização da posse de drogas nesse país, ocorre por medidas administrativas, e os critérios de distinção se dá por interpretação do juiz.

4.5.4 Na Colômbia

Foi descriminalizado, mas é proibido pela constituição. Os critérios objetivos são: o peso e a natureza da droga. Não pode haver intenção de venda. Os critérios de distinção para considerar como posse para consumo pessoal, são 20g de maconha, 5g haxixe e 1g de cocaína (art.2, Lei 30). O art.2 da Lei, considera tráfico, plantação acima de 20 plantas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.6)

4.5.5 No Equador

Não é crime o uso pessoal. A quantidade máxima para configurar como usuário é de 10g de maconha e 2g de cocaína. (SANCHES; SOARES, 2015, s.p.)

4.5.6. No Paraguai

O Ministro Gilmar Mendes, (2015, p.43) em seu voto no RE nº 635.659, estabelece que não há medidas administrativas, e os critérios de distinção são: 10g de maconha, 2g de cocaína ou heroína e derivados de opiáceos.

4.5.7 No Peru

O uso e a posse de drogas para o consumo pessoal não é crime. Se o usuário apresentar risco ou praticar algum crime, será levado obrigatoriamente a internação e tratamento. Os critérios de distinção são pela quantidade e natureza da droga. O código penal estabelece, nos casos de consumo pessoal de maconha e derivados, até 8g. Plantar é crime, no entanto, a lei determina pena mais branda para quem plantar menos de 100 plantas. Nos casos de outras drogas, o limite é de 5g de pasta de cocaína; 2g de cloridrato de cocaína; 1g de látex de ópio ou 200mg dos seus derivados; 250mg de ecstasy. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.7)

4.5.8 No Uruguai

No Uruguai, não é crime o uso e a posse de drogas para uso próprio. Este país foi o primeiro no mundo a regular “todo o ciclo da maconha”. O limite mensal de uso e porte de maconha é, no máximo, de 40g, não havendo margem para distinguir usuário de traficante. (RUIIC, 2016, s.p.)

4.5.9 Na Costa Rica

No RE nº 635.659, o Ministro Gilmar Mendes (2015, p.42) trouxe a alternativa à criminalização, sendo que neste país, não tem previsão de medidas administrativas e os critérios de distinção são por interpretação do juiz.

4.5.9 Em Honduras

Não é crime o uso e a posse de drogas, mas tem previsão de internamento obrigatório de até 30 dias e multa. Se for reincidente, será internado de 30 a 90 dias e multa. Se for reincidente pela 3ª vez, ou dependente, deverá ficar

internado até curar a dependência. Não há critérios para distinção entre usuário e traficante. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.10)

4.5.10 Na Jamaica

No voto do RE nº 635.659, o Ministro Gilmar Mendes (2015, p.43) aduz que, a alternativa à criminalização, somente para a maconha, sendo o critério de distinção: 2 onças (igual a 57g) de maconha, 2.8g de cocaína, heroína e morfina.

4.5.11 No México

Não é crime o uso e a posse de drogas. Nos casos de uso pessoal, não pode ocorrer extrapolação das quantidades máximas estabelecidas. Os critérios de distinção são o peso e a natureza da droga, sendo 5g de maconha, 2g de ópio, 0.5g de cocaína, 50mg de heroína, 40mg de meta-anfetamina ou MDMA. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.11)

4.5.12 Na Alemanha

A posse de pequena quantidade de drogas não é criminalizada pela Constituição, desta forma, acaba que cada Estado interpreta as decisões de maneiras diferentes, ocorrendo uma variedade de distinções de quantidade de drogas de acordo com cada região do país. (SANCHES; SOARES, 2015, s.p.)

4.5.13 Na Bélgica

Não é crime o porte para uso próprio, somente no caso da maconha, podendo portar no máximo 3g de maconha ou 1 planta. No caso do usuário ser pego com quantidade acima do permitido, ele poderá ter que pagar uma multa e, se reincidir, poderá ficar até 3 meses preso. (RUIC, 2016, s.p.)

4.5.14 Na Espanha

A alternativa à criminalização é tomada por medidas administrativas, e os critérios de distinção são: 25g de haxixe, 100g de maconha, 3g de heroína e 7.5g de cocaína. (RE 635.659, VOTO MINISTRO MENDES, 2015, p.44)

4.5.15 Na Holanda

Conhecida pelos seus “coffee shops”, onde o uso e venda de maconha é permitida, até mesmo para turistas, o que não acontecia antigamente. Popular também por utilizar de política de redução de danos, em que fornecem seringas e agulhas descartáveis para viciados. Este país autoriza o porte de até 5g de maconha, e o cultivo de até 5 pés de maconha. (SANCHES; SOARES, 2015, s.p.)

4.5.16 Na Itália

Apenas o porte de droga é descriminalizado pela lei, o uso não consta na lei. Punível somente com sanção administrativa, avaliados pelo peso e natureza da droga, sendo considerado para THC o máximo de 1g, heroína 0.25g, e 0.75g de cocaína ou ecstasy. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.17)

4.5.16 Na Lituânia

O porte e uso de drogas não é crime, desde que não haja intenção de venda. Mas podem ser penalizados com sanções administrativas. São considerados para avaliação o peso e a natureza da droga, sendo permitido 5g de maconha, 0.25g de resina, 0.02g de heroína, e 0.2g de cocaína. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.17)

4.5.17 Em Luxemburgo

Apenas a maconha não é criminalizada, mas o usuário é punido com sanções administrativas. Para distinção entre usuário ou traficante, depende da interpretação do juiz. (RE N° 635.659, VOTO MINISTRO MENDES, 2015, p.44)

4.5.18 Em Portugal

No voto do Ministro Gilmar Mendes (2015, p.44), referente ao RE 635.639, o porte ou uso de drogas tem como sanção as medidas administrativas, para isso, são levados em conta às quantidades, sendo 25g de maconha, equivalente a 10 doses diárias, 1g de ecstasy e 2g de cocaína.

4.5.19 Países Baixos

A posse de drogas é ilegal pela lei, desta forma a polícia não da continuidade no processo se a quantidade de droga portada estiver dentro do limite. Os critérios são o peso e a natureza da droga, podendo ser até 5g ou 5 plantas de maconha, 0.5g de heroína, ou uma dose de cocaína. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.18)

4.5.20 República Tcheca

O uso e o porte são punidos com sanções administrativas. Quantidade, peso e até a pureza da droga são levados em conta para a distinção quanto a usuário ou traficante. (RUIC, 2016, s.p.)

4.6 Aspectos Sociológicos E Criminológicos Da Descriminalização

De acordo com Hulsman *Apud* Carvalho (2016, p.157), a descriminalização pode ocorrer através de um ato interpretativo do juiz ou de um ato do legislativo. Assim, o autor define a descriminalização como sendo “o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema”.

Descriminalizar as drogas tem como objetivo modificar, retirando a responsabilidade do direito penal, e passando para outro ramo do direito, para que este aplique outras possíveis sanções, como por exemplo, multa ou serviços comunitários. Não tem possibilidade de a droga perder seu caráter de ilícito, pois para que isso aconteça, ela deveria ser legalizada.(FRANÇA, 2016, s.p.)

[...] descriminalizar não significa legalizar, mas retirar o caráter criminal de algumas condutas em relação às drogas. Sem retirar o caráter ilícito da relação com substâncias ilegais, a proposta é extinguir a punição na esfera criminal ou suavizá-la, substituindo a prisão por penas alternativas, multas etc.(FRANÇA, 2016, s.p.)

No direito penal ocorreu um aumento na modificação das sanções, ficando difícil definir a natureza do ilícito, para que se possa discutir a respeito da descriminalização, pois ocorrem transferências de condutas entre os ramos do direito, sem ao menos ter uma justificativa. (CARVALHO, 2016, p.158)

Há três formas de descriminalização legislativa:

[...](1) *descriminalização legislativa em sentido estrito*, na qual se opera a abrogação da lei ou do tipo penal incriminador (*abolitio criminis*); (2) *descriminalização parcial, substitutiva ou setorial*, cujo processo é o de (2.1)

transferência da infração penal para outro ramo do direito – v.g. direito administrativo sancionador –, mantendo-se sua ilicitude jurídica, porém não penal, e/ou de (2.2) alteração dos critérios sancionatórios, como a modificação nos critérios da tipicidade, flexibilização das penas ou de sua execução, criação de regras diferenciadas de extinção de punibilidade, entre outros (*reformatio legis in melius*). (CARVALHO, 2016, p.159) (Grifo no original)

Ocorre *abolitio criminis* da lei penal por “deixa de ser aplicada ou porque a própria consciência popular não repugna a conduta (caso do jogo do bicho) ou porque as próprias vítimas não se interessam pelo uso do sistema penal (caso do adultério)”. (GOMES, 1997, p.108)

O sistema penal busca uma alternativa para reduzir a criminalização em primeiro plano, e, em segundo plano, o tráfico, sendo a melhor medida a descriminalização do uso e do porte de drogas, tendo em vista ter-se utilizado da mesma política repressiva que a dos EUA, mas não ter surtido o efeito benéfico esperado. (RODRIGUES, 2006, p.86-87)

A retirada do uso e porte de drogas do rol dos crimes tem por base a escolha de uma alternativa à repressão e à violência do sistema penal, e visa a reduzir os efeitos perversos da criminalização, além dos efeitos secundários do tráfico e da criminalidade. Baseia-se nas críticas aos efeitos perversos do proibicionismo para propor uma alternativa intermediária viável. Para tanto, os defensores dessa alternativa comparam a política repressiva dos EUA, que continua sendo o país que mais consome droga no mundo, com a da Holanda, que reduziu os problemas com a toxicomania por meio de uma política pragmática e menos repressiva. (RODRIGUES, 2006, p.86-87)

Birman (2016, p.223) diferencia o usuário do toxicômano, como disposto a seguir:

[...]os usuários de droga podem se valer da droga para seu deleite e em momentos de angústia, mas a droga nunca se transforma na razão maior de suas existências. Os toxicômanos, porém, são compelidos à ingestão por forças físicas e psíquicas poderosas. As drogas passam a representar, para esse grupo, o valor soberano de sua existência. (BIRMAN, 2016, p.223)

O direito penal é utilizado na repressão ao uso de drogas, para proteger a saúde daquele que faz uso, mais tal proteção carece de legitimidade, pois, devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito penal não pode impedir a pessoa de cometer autolesão. (BOTTINI, 2015, s.p.)

Segundo Ferrajoli (2014, p.44) “o direito penal justifica-se unicamente pela capacidade de prevenir danos às pessoas sem causar efeitos mais danosos do que aqueles que têm condições de impedir”.

O direito penal, ao criminalizar uma conduta, deve observar se o bem jurídico tutelado é relevante, e se a conduta constitui lesão ou perigo concreto de lesão, não podendo criminalizar condutas de natureza moral e ideológica. (SÁ, 2008, p.133)

Para se criminalizar uma conduta, é necessário, além da caracterização da conduta segundo os elementos da criminologia, responder se é adequado o fato receber a tutela penal. Para que a tutela penal seja merecida, em um Estado Democrático de Direito deve existir um bem jurídico relevante, [...] e a conduta a ser criminalizada deve se constituir em lesão ou perigo concreto de lesão a este bem jurídico, isto é, não se deve criminalizar condutas que reflitam concepções de índole ideológica e moral. A lesão ou perigo concreto de lesão aos bens jurídicos refere-se à vida e à paz social, e no contexto do usuário pode ser indagado se todos os tipos de drogas causam violação da paz social ou se esses bens jurídicos são expostos ao perigo concreto de lesão. No caso padrão de uso recreacional de maconha ou mesmo de outras drogas, dependendo de fatores relacionados ao indivíduo, a lesão ou o perigo concreto da lesão ao bem tutelado não se estabelece, ocasionando a atipicidade da conduta. (SÁ, 2008, p.133)

Constitucionalmente, entende que é desnecessária a criminalização de condutas insignificantes, punidas com pena pecuniária ou restritiva de direito, pois não justificam o processo. Assim, crime impossível, condutas autolesivas ou que não afetam efetivamente a terceiros, devem ser excluídas. (FERRAJOLI, 2014, p.99)

Hulsman *Apud* Carvalho (2016, p.183) afirma que a criminalização é a resposta que o legislador dá à pressão da mídia, para que este tome alguma medida a solucionar os fatos não desejados.

[...] a criminalização pode ser utilizada pelo legislador como solução aparente. Frequentemente o legislador está sob pressão da opinião pública ou de certos grupos para agir contra um fenômeno indesejável, sem que disponha dos meios eficazes para fazê-lo, ou sem que esteja disposto a pagar o preço desta ação. Nestas condições, ele pode criminalizar para acalmar a opinião. Esta operação pode muitas vezes dar resultado, porque a imagem que prevalece na sociedade sobre o funcionamento do Sistema Penal é pouco realista. (HULSMAN *Apud* CARVALHO, 2016, p.183)

Aduz Ruth Gauer (1990, p.60) “a questão do uso de drogas pode ser considerada universal uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos”.

O direito penal procura reduzir a complexidade do fenômeno, através da criminalização do delito com penas educativas, socioeducativas ou de segurança. O direito penal acredita ser o instrumento capaz de controlar e impedir o uso e a dependência das drogas ilícitas, buscando a ressocialização e a reabilitação das pessoas envolvidas com as drogas. O direito penal reproduz uma falsa imagem ao criminalizar estas questões. (CARVALHO, 2016, p.185)

Na criminologia, o crime deve ser considerado como um problema social, desta forma, para caracterizar o fato como crime, é necessário haver conduta com incidência massiva, incidência aflitiva, persistência, espaço temporal e inequívoco consenso. (SÁ, 2008, p.131-132)

Analisando-se a conduta do uso de drogas de acordo com os elementos que caracterizam o fato como crime, verificamos que: a conduta apresenta incidência massiva: o uso de drogas apresenta alta incidência na maioria das nações; incidência aflitiva: neste aspecto é necessário especificar o tipo da droga, pois este elemento não é realidade para todos os tipos de drogas; ainda deve-se diferenciar entre a conduta de uso e a de tráfico, pois muitas vezes o tráfico é resultado do uso. Levando em consideração o tipo de droga, esta nem sempre resulta numa incidência aflitiva visto que muitos usuários de maconha não representam uma ameaça à sociedade, enquanto que drogas como cocaína aumentam o potencial de violência nos usuários gerando consequências danosas quando o usuário acaba por cometer ou sofrer delitos influenciados direta ou indiretamente pelo uso da droga; persistência espaço temporal: o uso de drogas é conduta antiga e persistente em quase todas as nações; inequívoco consenso: não há consenso na origem do problema, muito menos nas técnicas de intervenção que se pretende implantar. (SÁ, 2008, p.131-132)

Mostra Tófoli, que a criminalização gera uma deficiência no sistema penal, sendo que hoje, mais de 500 mil pessoas são presas, fora aquelas pessoas que são confundidas com traficantes, mais são meros usuários. De acordo com um estudo, o autor citou casos de prisões por tráfico, que aconteceram em 2014, no Rio de Janeiro, sendo que 94,3% dos presos não faziam parte de organizações criminosas, 97% não possuíam arma. Já os presos por tráfico, que foram pegos com menos de 100g de maconha, ficavam em média sete meses presos, sem que houvesse condenação. (FRANÇA, 2016, s.p.)

A descriminalização das drogas visa amoldar a norma penal à Constituição, diminuir a criminalidade, a corrupção e as injustiças, pois muitos usuários são intitulados como criminosos, e sendo muitas das vezes, penalizados. Ocorrendo a descriminalização, o direito penal deixará de punir estes fatos,

sobrando mais tempo para cuidar dos crimes mais graves, no entanto, deverão ser implantadas novas políticas de redução de danos. (RODRIGUES, 2006, p.89-90)

A descriminalização da posse de entorpecentes, apesar de não ser a solução para todos os males do proibicionismo, além de adequar a norma penal à Constituição, tem condições de resolver alguns problemas como a estigmatização do usuário, e o envolvimento danoso deste com o sistema penal, além da redução da corrupção e da criminalidade. Com a normalização desse comportamento, as autoridades terão mais tempo para se dedicar à investigação de crimes mais graves. Por outro lado, ressalte-se que a retirada do uso do controle penal deve ser acompanhada da pela implementação de políticas de redução de danos, campanhas de esclarecimento e de prevenção, devendo ser disponibilizado ao usuário gratuitamente o acesso a serviços de saúde e ao tratamento da dependência. (RODRIGUES, 2006, p.89-90)

Com a política de redução de danos, destaca-se o tratamento voluntário, que deve ser oferecido preferencialmente pelo sistema público de saúde, que busca submeter o usuário a adotar hábitos moderados na utilização das drogas, bem como a respeito à dignidade, a autonomia e a liberdade individual do usuário. (RIBEIRO, 2013, p.70-71)

A política de redução de danos no Brasil sofre muito preconceito, pois a sociedade acredita que os programas e campanhas influenciam ainda mais as pessoas a usarem drogas. (SÁ, 2008, p.135)

No Brasil, a RD ainda está bastante focada na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis como a AIDS. Geralmente os programas focam a distribuição de seringas para usuários de drogas injetáveis e também campanhas relacionadas ao uso de álcool. Há alguns projetos focados na distribuição de cachimbos para usuários de crack e informações impressas para usuários de ecstasy, no entanto estes projetos são bastante polêmicos e a sociedade ainda tem visão de que é um incentivo ao consumo de drogas, devido à deficiência no conhecimento da problemática. (SÁ, 2008, p.135)

Para Fernando Farah de Tófoli, o aumento da repressão não obteve o resultado esperado a respeito das drogas na América do Sul. O usuário, sendo considerado criminoso, torna-se uma forma ineficaz de tratamento, sendo que o mesmo requer cuidados à sua saúde. Estudos apontam que a melhor forma de reduzir os impactos, seria a descriminalização, visto que diversos países optaram por esta medida, e tiveram mais pontos positivos do que negativos. (FRANÇA, 2016, s.p.)

Muitas pessoas defendem a descriminalização, apenas da maconha, por considerar uma droga que não traz muitos danos à saúde. Esta droga possui alguns efeitos terapêuticos, e beneficia pacientes que sofrem com a quimioterapia, glaucoma, HIV, entre outros, aliviando os efeitos colaterais. (NIEL, s.d., s.p.)

Hoje, a descriminalização discutida gira em torno principalmente da maconha. E por que a maconha? Porque a maconha é considerada, não pelo leigo, mas pelos organismos internacionais de saúde, uma droga “leve”, porque os prejuízos para quem a consome são muito menores quando comparados a outras drogas. Sem contar que ela apresenta várias finalidades terapêuticas, como seu uso em casos de glaucoma, quadros dolorosos crônicos, pacientes em quimioterapia e em terapia contra o HIV, no intuito de diminuir os efeitos colaterais desses medicamentos, melhorando a adesão ao tratamento. Esses fatores têm motivado vários Estados americanos a aprovar seu uso terapêutico, permitindo inclusive que médicos prescrevam a maconha in natura, ao invés de seu análogo sintético, cujos efeitos terapêuticos são menos eficientes. Além disso, a maconha pode ser utilizada de forma bastante eficiente no controle da dependência do crack. Um estudo realizado pelo Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes (Proad) da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) demonstrou que 68% dos dependentes de crack avaliados no estudo conseguiram atingir a abstinência fumando apenas maconha. (NIEL, s.d., s.p.)

O direito penal somente deve ser utilizado como *ultima ratio*, sendo, portanto, uma medida subsidiária, que será utilizada quando não existirem outros meios de controlar a sociedade. Nos casos de uso de drogas, devem ser aplicadas medidas preventivas ou de recuperação, devendo, portanto, ser afastada a tutela penal. (SÁ, 2008, p.133)

6 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como problemática inicial, esclarecer como a descriminalização do uso de drogas pode contribuir para com a sociedade em geral, e para com o direito penal brasileiro, tendo em vista que a política proibicionista e repressiva não foram eficientes, pois não conseguiram acabar, muito menos diminuir, a criminalidade.

A criminalização do uso de drogas, como se vê, não foi a melhor solução, pois muitos usuários são confundidos com traficantes, sendo presos, e assim, aumentando cada vez mais a população carcerária. Ocorre que, por conviver na prisão com criminosos de alta periculosidade, estes usuários acabam se transformando muitas vezes em criminosos, tornando-se, portanto, um dos principais problemas para a sociedade, e também para o direito penal.

Para tanto, buscou analisar o histórico do tratamento legislativo antidrogas no Brasil, iniciou-se com as Ordenações Filipinas, que ocorreram em 1603, sendo a primeira legislação voltada a criminalizar a venda de drogas.

A seguir, o Código Criminal do Império do Brasil de 1830, que nada tratou sobre as drogas, porém, o tema voltou a ser tratado com o Regulamento nº828 de 1851, que cuidou da política sanitária e venda de medicamentos. Mas referente às drogas, esta somente voltou a ser tratada com o Código Penal de 1890, que penalizava com multa aquele que vendia ou ministrava substâncias venenosas, sem autorização legal, conforme disposto no artigo 159.

No início do século XX, com o aumento do consumo de drogas, foi necessário editar diversas convenções para regularizar o uso e a venda das drogas, sendo uma delas a convenção Internacional do Ópio de 1912.

Em 1932, foi alterado o artigo 159 do Código do Império de 1890, sendo aplicada pena privativa de liberdade em regime fechado e multa.

No ano de 1938, foi editado o Decreto-Lei nº891, que regulamentava a respeito das substâncias entorpecentes, no entanto, este Decreto-Lei foi revogado com a vigência do Código Penal de 1940, sendo que seu artigo 281, em 1964, foi transformado na Lei nº4.451/64. As condutas, previstas no artigo 281, eram penalizadas com pena de prisão e multa.

Em 1968, com o Decreto-Lei nº385, ocorreram alterações com o artigo 281, igualando as condutas e as penas de prisão entre usuários e traficantes, com possibilidade de aplicação de pena pecuniária.

O Decreto-Lei nº385, foi revogado com a entrada em vigor da Lei nº5.726/1971, elevando as rigorosas punições e mantendo o mesmo tratamento tanto para traficante como para usuário.

A Lei nº6.368/1976, manteve as mesmas condutas previstas nas legislações anteriores, a mudança ocorreu na distinção entre traficante e usuário, punindo de forma mais severa o traficante.

A Lei nº10.409/2002, que visava substituir a Lei nº6.368/1976, devido a sua má redação, o Poder Executivo resolveu vetar a parte dos crimes e das penas e também o artigo 59, permanecendo em vigor a Lei nº6.368/1976, no que fosse compatível com a Lei de 2002.

As Leis nº6.368/1976 e nº10.409/2002, foram revogadas com o advento da Lei nº11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida como a Lei de Drogas. Esta lei discrimina o tratamento entre usuário e o traficante, penalizando de forma mais grave o traficante; e nos casos do usuário, considerando como problema de saúde, não sendo mais aplicada a pena de prisão.

A mudança trouxe uma discussão a respeito da natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas. Alguns doutrinadores, como Greco Filho, Rossi, estabelecem que ocorreram abrandamento nas penas, e Jesus diz que as condutas estão de acordo com as possibilidades previstas no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Já Nucci, defende que a conduta tem caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo. A posição de Carvalho, é que ocorreu a descarcerização, havendo apenas modificação na punição. Ambos os autores defendem a posição que a conduta continua sendo crime.

Outra posição, a respeito do artigo 28, é que a conduta foi descriminalizada. Luiz Flávio Gomes afirma que, ocorreu um ilícito *sui generis*, portanto, uma descriminalização formal. Já Leal, diz que a Lei de Drogas criou uma *infração penal inominada*, obedecendo a Lei de Introdução ao Código Penal denominada *descriminalização branca*. A posição de Bianchini é que a conduta foi descriminalizada substancialmente, ocorrendo *abolitio criminis*. Estes doutrinadores defendem a posição de que a conduta deixou de ser crime.

De acordo com a posição majoritária, ocorreu a despenalização da conduta prevista no artigo 28, sendo aplicadas outras formas de punições, nos termos da Constituição, não mais se aplicando pena de prisão ao usuário, mais sim, medidas de ressocialização. O Supremo Tribunal Federal adotou essa posição conforme recurso extraordinário nº430.105/RJ.

A Lei nº 11.343/2006, avançou em relação às legislações anteriores no que compete à conduta de porte de drogas para consumo pessoal, aplicando a despenalização nas ações previstas no artigo 28, mas devido a política proibicionista, manteve a criminalização, afirmando o modelo repressivo, porém, não se admitindo mais a pena privativa de liberdade. As sanções previstas foram: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos educativos, além de multa e admoestação verbal em caso de descumprimento.

Os usuários de drogas são confundidos com criminosos e devido à política repressiva, acreditam que sua punição contribui para guerra contra o tráfico. No entanto, devido a essa repressão, os usuários não buscam tratamento, por medo de represálias acabam se distanciando, ficando cada vez mais difícil cumprir com o propósito da reinserção social.

A difícil tarefa ficou por conta de estabelecer os critérios para a apuração do consumo de drogas para uso pessoal, cabendo ao juiz, analisar cada caso conforme suas peculiaridades, pois não tratou de critérios concretos para definir tal conduta, o que se estabeleceu apenas foi verificar a natureza e a quantidade da droga, o local e as condições em que se desenvolveram a ação e os antecedentes do cidadão.

Ficou determinado o prazo prescricional de dois anos para os crimes previstos no artigo 28, conforme artigo 30, da Lei nº11.343/2006.

A criminalização do artigo 28, da Lei nº11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, viola princípios e garantias constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, tendo em conta interferir na autodeterminação do indivíduo, prejudicando o seu comportamento, não podendo se desenvolver livremente.

Outro princípio muito importante violado é o da lesividade, ou ofensividade, como alguns autores preferem, neste caso, o sujeito que porta drogas para uso pessoal pratica uma autolesão, e não fere o bem jurídico de outrem, nem a

saúde pública, portanto, o Estado não pode punir esta conduta, pois se este não criminalizou a tentativa de suicídio, não tem porque criminalizar o uso de drogas.

Além do mais, o Estado não pode adentrar na liberdade individual de cada cidadão, pois cabe a cada pessoa escolher o que se quer fazer da sua própria vida, não se admitindo impor padrões de comportamento que interfira na esfera moral.

Assim, há ofensa ao princípio da intimidade e da vida privada, devido a excessiva punição ao usuário de drogas, pois não é necessário que tal conduta seja incriminada, visto que o bem jurídico individual sofre mais danos que o bem jurídico coletivo, portanto, ocorre violação aos direitos da personalidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Após pesquisas em jurisprudências, constatou que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tem entendido que se não houver elementos probatórios suficientes para configurar o crime de tráfico de drogas, tal conduta poderá ser desclassificada, podendo ser enquadrada no artigo 28, da Lei nº11.343/2006, desde que preenchidos todos os elementos que configurem este delito.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não ocorreu descriminalização do artigo 28 com o advento da Lei nº11.343/2006, tendo em vista ter apenas despenalizado às condutas, não havendo mais pena privativa de liberdade, mais sim, outras medidas sancionatórias.

O Supremo Tribunal Federal entrou em discussão a respeito da constitucionalidade do artigo 28, da Lei nº11.343/2006, devido ao recurso extraordinário nº635.659, com repercussão geral, interposto pela Defensoria do Estado de São Paulo.

O Relator Ministro Gilmar Mendes, votou a favor da inconstitucionalidade do porte de drogas para uso pessoal, retirando todo o caráter penal da conduta, porém, deve ser mantida a competência penal até que ocorra a edição de uma nova legislação específica. Afirmou que, todo indivíduo que praticar alguma das condutas previstas no artigo 28, deverá comparecer em juízo, e aquele que for preso em flagrante por tráfico de drogas, obrigatoriamente deve ser apresentado ao juiz, para que possa converter em prisão preventiva ou em flagrante. O Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com outros órgãos, terá o prazo de seis meses para tomar medidas cabíveis e apresentar relatórios a respeito do artigo

28, da Lei nº11.343/2006.

Os Ministros Fachin e Barroso votaram em descriminalizar apenas a *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, defendendo, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº11.343/2006. O Ministro Barroso diz que é preciso medidas para distinguir usuário de traficante, assim, trouxe em seu voto as quantidades para definir o enquadramento como usuário, sendo 25gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, e afirmou que assim ficará estabelecido até regularização legislativa.

Destarte, as experiências de outros países mostram que há alternativas para a descriminalização do uso, posse e compra de drogas para consumo pessoal, que reduzem os riscos de danos e eventuais abusos no consumo de drogas, e demonstram bons resultados.

A legislação brasileira adota a política criminal sobre as drogas, mas não deveria ser essa a política utilizada, pois o direito penal não pode cuidar de políticas de saúde pública.

Revela-se que, o direito penal como sendo a *ultima ratio*, não deve cuidar de problemas sociais, visto que cabe a outros ramos do direito essa competência.

A descriminalização e a política de redução de danos ao uso de drogas, são alternativas capazes de diminuir o problema das drogas, tendo em vista que a política proibicionista não teve sucesso. Assim, a principal forma, é retirar a capacidade de abordar do direito penal.

Como já visto, não há porque criminalizar as condutas de porte de drogas para uso pessoal, prevista no artigo 28, pois há violação aos princípios constitucionais, não podendo o Estado interferir nas escolhas pessoais do sujeito.

Desta forma, o presente trabalho não buscou esgotar o tema, uma vez que encontra em julgamento o recurso extraordinário nº635.659, com repercussão geral, que trata da descriminalização do uso de drogas por uma perspectiva constitucional, faltando ainda o voto de oito ministros, para que o Supremo Tribunal Federal defina o seu posicionamento a respeito da conduta de posse de drogas para uso pessoal. Cabe ressaltar, que ocorrendo a descriminalização, não se está defendendo o uso de drogas, muito menos dizendo que as drogas não fazem mal, o que se busca efetivamente é uma nova política de redução de danos, afastando o direito penal de cuidar desta conduta, além do mais, não se pode confundir, dizendo

que ocorrerá a legalização, pois são institutos distintos.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Online.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Online.

BATISTA, Claudinei José; ÁLVARES, Delaine de Sousa Silva. ARTIGO 28 DA LEI Nº. 11.343/2006 DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. **DIREITO EM CONSTRUÇÃO**, América do Norte, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=1direitoconstrucao3&page=article&op=view&path%5B%5D=56&path%5B%5D=56>>. Acesso em: 10 Out. 2016.

BIANCHINI, Alice et al. **Lei de Drogas comentada: Artigo por artigo Lei 11.343, de 23.08.2006**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v. Online.

BIRMAN, Joel. **Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo. **DIREITO DE DEFESA Descriminalizar o uso de drogas: uma questão constitucional**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional>>. Acesso em: 20 out. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo. **DIREITO DE DEFESA Descriminalizar o uso de drogas: uma questão constitucional (Parte 2)**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-14/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional-parte>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. **Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. **Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. **Decreto n. 78.992, de 21 de dezembro de 1976.** Regulamenta a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão do tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D78992.htm >. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. **Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. **Lei n. 12.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____, Notícias STF, 2015. Suspensão julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio. **Site do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484>>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº N° 360.123 - SP (2016/0160173-0). Lucas Ricardo dos Santos. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. **Diário Oficial.** Brasília, 21 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601601730&dt_publicacao=21/09/2016>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430150. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Juízo de Direito do x Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator: Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro

de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 20 de agosto de 2015. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto-Vista Min. Edson Fachin. São Paulo, 10 de setembro de 2015. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. São Paulo, 20 de agosto de 2015. Disponível em : <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal nº 1532056-0. Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná. Apelados: Jeferson Willian Souza de Oliveira e Bruce Klainer. Relator: Relatora Desembargadora Lidia Maejima. Curitiba, PR, 22 de setembro de 2016. **Diário da Justiça**. Curitiba, 17 out. 2016. p.1-10. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12245903/Acórdão-1532056-0#>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela Metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese (Pós-Graduação em Sociologia) Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Artigo: Nova Lei de Tóxico** – Das modificações legais relativas à figura do usuário. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>>. Acesso em: 08 Ago. 2006.

_____, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL: LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL** 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Online.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil:**(Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil:**Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Online.

DIETER, Vitor Stegemann. **A política penal de drogas proibidas nos EUA e Brasil uma breve introdução histórica.** Direito e Práxis, vol. 02, n. 01, 2011.

Disponível em:

<http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39163319/2011._A_politica_penal_de_drogas_proibidas_nos_EUA_e_Brasil._Uma_breve_introducao_historica.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1469745806&Signature=4YsqQEGii%2Be%2FZrobrGzi4412CLU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_poli_tica_penal_de_drogas_proibidas_no.pdf>. Acesso em: 22 de Maio de 2016.

DORNELLES, Marcelo Lemos. A NATUREZA JURÍDICA DA PUNIÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS NO BRASIL. DESCRIMINALIZAÇÃO, DESPENALIZAÇÃO OU DESCARCEIRIZAÇÃO? **Revista do Ministério Público do Rs**, Porto Alegre, n. 70, p.289-307, 18 out. 2011. Disponível em:

<http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325185570.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

EM DISCUSSÃO: Revista de audiências públicas do Senado Federal. Distrito Federal: Secretaria Jornal do Senado, n. 8, ago. 2011. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/Upload/201104-agosto/pdf/em%20discussao!_agosto_2011_internet.pdf>, p.1-82, Acesso em: 07 ago. 2016.

FACULDADES SANTA CRUZ DE CURITIBA. Biblioteca: **Regulamento da biblioteca.** Disponível em:

<<http://www.santacruz.br/v4/download/regulamentobiblioteca.pdf>>. Acesso em: 09nov. 2016.

_____. **Normalização de apresentação de trabalhos científicos do curso de Direito: Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba**, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA, Pedro. Descriminalização das drogas divide especialistas em audiência na Comissão de Educação. 2016. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/30/descriminalizacao-das-drogas-divide-especialistas-em-audiencia-na-comissao-de-educacao>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. **SEGUNDA LEITURA Como o princípio da dignidade da pessoa humana afeta as relações jurídicas**. 2015. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-09/segunda-leitura-principio-dignidade-afeta-relacoes-juridicas#top>>. Acesso em: 18 out. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v. Online.

GAUER, Ruth Ma. Chittó. Uma leitura Antropológica do Uso de Drogas. In: Drogas: abordagem interdisciplinar. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Fabris, 1990.

GAZOLLA, Eduardo Henrique de Freitas. **APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS**. 2008. 76 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2008.

Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/821/798>>.

Acesso em: 11 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v. Online.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos prevenção, repressão: comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas**. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. Online.

_____, Vicente; Rassi, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. Ed. ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2006.

_____, Isaac Sabbá. **Lei Antidrogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. Curitiba: Juruá, 2013. Disponível em: <<https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=22997#dados>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

HULSMAN, Louk. **Descriminalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. *Apud* CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Online.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada: Comentários a Lei 11.343/2006**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Online.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v. Online.

LEAL, João José. **Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal?** 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2922/Politica-criminal-e-a-Lei-no-11343-2006-descriminalizacao-da-conduta-de-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal>>. Acesso em: 07 set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Niterói: Impetus, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Online.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 Lei de Drogas Anotada e Interpretada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2016. Online.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: Teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v. Online.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Online.

_____, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011. Online.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **COMENTÁRIOS À LEI ANTIDROGAS: LEI Nº11.343, DE 23.8.2006**. São Paulo: Atlas S.A., 2007. Online.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/MJ. Diretoria de Projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. 2015. Disponível em: <http://www.antidrogas.com.br/downloads/drogas_americas_europa.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: parte geral**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v. Online.

NIEL, Marcelo. **Descriminalização das drogas: do debate a guerra**. Revista visão jurídica. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/86/descriminalizacao-das-drogas-do-debate-a-guerra-293295-1.asp>> Acesso em: 10 nov. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**. 9 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1 v. Online.

PACELLI, Eugênio; GALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015. Online.

PEREIRA, Antonio Marcos da Silva Martins. **Natureza jurídica do tipo de consumo pessoal de drogas previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006**. 2011. 91. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná Centro de Ciências Jurídicas e sociais, Curitiba, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil teoria geral de direito civil. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1 v. Online.

PIERANGELI, José Henrique; BRASIL.; Brasil Congresso. Câmara dos Deputados. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2001.

RAMOS, Ana Flávia Jordão. **Crítica as políticas criminais de drogas a luz dos princípios constitucionais no estado democrático de direito**. 2010. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional Penal) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2010.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais**. 3 ed. rev., ampl. E atual. Até maio de 2015 - São Paulo: Atlas, 2015. RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: Dos direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Direito Penal: Parte Geral I**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito).Online.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal Sobre As Drogas Ilícitas: O Impacto Do Proibicionismo No Sistema Penal E Na Sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo Faculdade de Direito, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://comunidadessegura.org.br/files/controlenalsobredrogasilicidas.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1 v. (6 tiragem). Online.

RUIC, Gabriela. **COMO 47 PAÍSES TRATAM O USO E O PORTE DE MACONHA: Veja como é o panorama atual das leis de drogas em países da América Latina e da Europa, segundo levantamento do Ministério da Justiça**. São Paulo: Exame, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/como-47-paises-tratam-o-uso-e-o-porte-de-maconha/>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

SÁ, Alvino Augusto de et al. **Criminologia E Os Problemas Da Atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

SANCHES, Leonardo; SOARES, Marcelo. **CONHEÇA OS PAÍSES ONDE O PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NÃO É CRIME**. São Paulo: Folha de São

Paulo, 09 set. 2015. Disponível em:

<[http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-
porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Online.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Online.

VIEIRA, João. **O Homem e as Drogas. O penoso caminho do retrocesso**. São Paulo: Letras e Letras, 1996. 1v.