



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

ALAN DOS SANTOS GALENO
JONATAS NUNES DOS SANTOS

UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 28 DA LEI Nº
11.343/2006

PARNAÍBA-PI

2016

ALAN DOS SANTOS GALENO
JONATAS NUNES DOS SANTOS

UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 28 DA LEI Nº
11.343/2006

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Estadual do Piauí como parte dos requisitos para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito, sob a orientação do professor especialista Gerson de Sousa Batista.

PARNAÍBA-PI

2016

**ALAN DOS SANTOS GALENO
JONATAS NUNES DOS SANTOS**

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 28 DA LEI Nº
11.343/2006**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Estadual do Piauí como parte dos requisitos para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador(a): Prof. Esp. Gerson de Sousa Batista

Aprovação em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

**Gerson de Sousa Batista (orientador)
Especialista**

**Geilson Silva Pereira
Especialista**

**Mariano José Martins Lopes
Doutor**

DEDICATÓRIA

In Memoriam, a Josias Pereira Galeno, pelas noções introdutórias de civismo.

In Memoriam, a Francisco das Chagas Galeno, pelas noções introdutórias de civismo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre nos guiando nessa caminhada e ter nos proporcionado saúde e sabedoria para superar as dificuldades.

Aos nossos pais e familiares que nos deram amor, incentivo e apoio incondicional.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbramos para um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao Professor Gerson de Sousa Batista que, como orientador, soube prestar informações de forma clara e objetiva que nos proporcionou concluir este trabalho.

Aos nossos amigos e colegas da universidade que sempre torceram por nossa vitória e nos apoiaram no decorrer da universidade

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da nossa formação, o nosso muito obrigado.

Em especial, a minha esposa Janaína e ao meu filho Giovani que foram meu porto seguro perante a dificuldade durante este percurso

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo de estudo demonstrar os aspectos mais relevantes sobre a discussão da descriminalização do uso de drogas. Trata-se de uma análise da legislação sobre a evolução do tratamento dado ao usuário, bem como o pensamento dos principais doutrinadores sobre a aplicação e os efeitos da descriminalização, assim como das decisões jurisprudenciais em que os tribunais vêm se posicionando sobre a matéria. Além de observar a aplicação dos princípios constitucionais penais nos tribunais brasileiros acerca da descriminalização da posse de droga para o consumo próprio e as principais consequências da permanência da criminalização do usuário de drogas. Ademais a pesquisa fundamenta-se no estudo qualitativo de cunho bibliográfico realizado através de livros, legislação e na *internet*, em que por meio da metodologia empregada será possível compreender assuntos abordados pelo tema. Assim cada vez mais se reconhece que os usuários de drogas não devem ser tratados pelo Direito Penal, pois este somente está legitimado quando os demais ramos ou setores do direito se mostrem ineficazes. Este vem sendo o posicionamento dos principais doutrinadores e os tribunais em decisões mais recentes.

PALAVRAS-CHAVES: Direito penal, Descriminalização, Usuário.

ABSTRACT

This monograph aims to study demonstrate the most relevant aspects of the discussion of decriminalization of drug use. This is an analysis of the legislation on the evolution of the treatment given to the user as well as the thinking of leading scholars on the implementation and effects of decriminalization, as well as the court decisions in which the courts is positioning itself on the matter. In addition to observing the application of criminal constitutional principles in the Brazilian courts on the decriminalization of drug possession for own consumption and the main consequences of the permanence of the criminalization of drug users. In addition the research is based on qualitative study of bibliographic nature conducted through books, legislation and on the Internet, in which through the methodology will be possible to understand issues addressed by the theme. So increasingly recognized that drug users should not be dealt with by criminal law, since it is only legitimate when the other branches or right sectors have proved ineffective. This has been the position of the leading scholars and the courts in recent decisions.

KEY-WORDS: Criminal Law, Decriminalization, User.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO-----	08
CAPÍTULO 1-----	11
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA -----	11
1.2 CONCEITO DE USUÁRIO DE DROGAS -----	14
1.3 POLÍTICA CRIMINAL -----	16
1.4 EVOLUÇÃO NACIONAL DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS-----	19
CAPÍTULO 2-----	23
2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO-----	23
2.2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO-----	26
2.3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAS NOS JULGAMENTOS ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO-----	31
CAPÍTULO 3-----	36
3.1 OS EFEITOS PENAS DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO BRASIL-----	36
3.2 DESCRIMINALIZAÇÃO X DESPENALIZAÇÃO-----	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	46

INTRODUÇÃO

A discussão da criminalização do uso de drogas no Brasil é ao mesmo tempo antiga e extremamente atual, uma vez que é um tema deverás complexo, tornando-se frequente entre todas as classes sociais, haja vista ter adentrado no seio de muitas famílias brasileiras, independente da condição social.

O tratamento e a punição de usuários são temas em voga na sociedade brasileira e, na contemporaneidade, ganham força várias tendências argumentativas que criticam a eficácia da legislação nacional, a letargia do poder público e a inaptidão do Estado para lidar com a questão.

No plano jurídico-normativo, existe uma série de normas que tratam sobre o assunto, porém a solução ou a busca de consensos para resolver os problemas decorrentes de tal fenômeno social carece de uma abordagem isenta a respeito de como as instituições públicas e a sociedade devam se posicionar a respeito de tão alarmante situação. Inclusive ocorre atualmente na suprema corte nacional a votação sobre a descriminalização do uso de drogas. Os ministros do Supremo Tribunal Federal estão se desdobrando em analisar o conteúdo do artigo 28 da lei 11.343/2006, conhecida lei de Drogas, em que tal dispositivo trata especificamente do usuário de drogas, a fim de expor a relevância da matéria, abordando os principais efeitos que possam surgir com descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

Ademais, outro ponto importante para esclarecer a relevância do estudo da descriminalização do uso de Drogas é o estudo da política criminal adotada pelo país, a qual permite definir quais as estratégias adotadas e quais mecanismos de controle serão pleiteados e atingidos a fim de prevenir os ilícitos penais. Para o jurista alemão Claus Roxin a política criminal é vista como: "conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais". (ROXIN, 2000, pág. 20). Ou seja, engloba a questão de proceder quando há infringência das regras básicas de convivência social, causando danos ou pondo em perigo os indivíduos ou a sociedade, conforme o objeto criminal. Portanto, a política criminal é uma maneira de combater e prevenir o crime, na qual a sociedade almeja a punição de indivíduos que praticam delitos.

Além do mais, no Brasil o Ministério da Saúde é o responsável por ditar quais são as substâncias entorpecentes lícitas e ilícitas através da portaria 344/98 da ANVISA. Aliás, sobre a definição de drogas, é vislumbrado no Manual de Prevenção do Uso de Drogas para Mediadores da Associação Humanidades estabelecendo conceito de droga, conforme entendimento da Organização Mundial de Saúde – OMS, como sendo:

É toda a substância que introduzida no organismo vivo modifica uma ou mais das suas funções. Esta definição engloba substâncias ditas lícitas - bebidas alcoólicas, tabaco e certos medicamentos – e, igualmente, as substâncias ilícitas como a cocaína, LDS, ecstasy, opiáceos, entre outras. (OMS, 2001).

Nota-se que mesmo havendo essa diferenciação de drogas lícitas (comercializáveis e legais) e ilícitas (uso não permitidos e ilegais), ambas possuem efeito nocivo devastador no organismo do indivíduo sendo capaz de causar dependência, depressão, alucinação, agressividade, dentre outras consequências danosas.

O método de pesquisa empregado no desenvolvimento deste trabalho monográfico foi a abordagem sobre a descriminalização do usuário de drogas, considerando os aspectos mais significativos sob a ótica dos princípios constitucionais penais.

Ademais, a pesquisa fundamenta-se no estudo qualitativo de cunho bibliográfico em que por meio da metodologia empregada será possível compreender assuntos abordados pelo tema, tais como: o contexto histórico, as relações sociais que sucederam o uso de drogas, a abordagem frente a outras nações, a aplicação dos princípios constitucionais penais, e ainda as principais consequências da permanência da criminalização do usuário de drogas.

A estrutura da presente monografia está distribuída em 3 (três) capítulos. Sendo que o primeiro é intitulado como: breve histórico sobre o consumo de drogas e suas definições, em que discorrerá sobre o contexto histórico do consumo de drogas, conceito de usuário de drogas, política criminal de drogas no Brasil e no mundo, e a evolução da legislação de Drogas no Brasil, baseando-se a pesquisa

sobre a legislação, jurisprudências, além da análise dogmática dos principais doutrinadores sobre o tema.

O segundo capítulo trata da aplicação dos princípios constitucionais penais nos tribunais brasileiros acerca da descriminalização do uso de drogas. Definirá sobre o conceito de princípio e sua aplicação no direito brasileiro. Além do mais, tecerá comentários sobre os princípios constitucionais em que são vistos como pilares que normatizam a matéria penal, por isso são essenciais para nortear os tribunais sobre a descriminalização do uso de Drogas.

O terceiro e último capítulo trata das principais consequências da permanência da criminalização do usuário de drogas. Permite-se questionar os efeitos da criminalização do uso de drogas no Brasil e a mudança que houve com a edição da nova lei de drogas, se houve a despenalização do uso de drogas para consumo próprio ou a descriminalização.

Desse modo, o Estado deve ter a cautela necessária a fim de não poder tratar como criminoso o usuário de drogas, uma vez que, sobre a ótica do Direito Penal, não se pode criminalizar uma conduta autolesiva, interna, uma vez que tal conduta que não atinge bens jurídicos de terceiros, devendo, portanto, o indivíduo que pratica autolesão consumindo substâncias entorpecentes sair da esfera do Direito Penal, para ser tratado como questão de saúde pública, pois o Estado tem o dever de garantir a saúde o indivíduo, haja vista ser um direito social garantido na Constituição Federal. Portanto, frequentemente ocorre que o usuário começou a usar drogas para aliviar situações estressantes da sua vida pessoal e não como meio de cometer crimes, por isso é tão importante a mudança desse cenário em que o usuário é tratado como um criminoso, não podendo sua conduta autolesiva ser considerada crime.

CAPITULO 1 - BREVE HISTÓRICO SOBRE O CONSUMO DE DROGAS E SUAS DEFINIÇÕES

1.1 Evolução Histórica:

O consumo de drogas faz parte de nosso cotidiano desde tempos remotos. Há registros de consumo de drogas que datam de 3.000 a.C. A droga consumida na antiguidade tinha basicamente a finalidade de amenizar a dor dos enfermos, fins festivos e até mesmo usadas em rituais religiosos. Para Toscano Jr: “trata-se de uma presença constante no tempo associada não apenas a medicina e a ciência, mas também a magia, religião, cultura, festa e deleite.” (TOSCANO JR, 2001, pág. 07).

As plantas psicoativas como a papoula, maconha e coca eram utilizadas pelas civilizações antigas a fim de satisfação de rituais religiosos, culturais, sociais e até mesmo para táticas de guerras. Entre as drogas que obtiveram um maior consumo e notoriedade na antiguidade o ópio obteve destaque significativo. Este caracterizado por ser um depressor do sistema nervoso central, com propriedades sedativas e analgésicas. A morfina, heroína e codeína são dele derivadas. Teve seu uso inicial amplamente difundido na medicina, e até o século XIX, a venda dessa droga era livre, pois estava cercada de uma aura de substância benéfica que aliviava dores e sofrimentos. Seu consumo foi tão expressivo na China que foi considerado símbolo nacional.

No Brasil o ópio e seus derivados atualmente considerados substâncias ilegais já foram utilizados em várias medicações, sendo vendido nas farmácias até o início do século XX. (TOSCANO Jr., 2001, pág. 23). O uso de drogas desde época passadas os primórdios das civilizações, sendo cediço ao homem, desde tais épocas, alguns efeitos psíquicos ocasionados pelo uso destas substâncias.

Destaca-se que o uso de drogas no passado também teve sua relevância no campo da economia. Assim como ensina Edson Passeti em sua obra: naquela época, as Drogas tinham livre circulação e eram fundamentais para a expansão e a consolidação do capitalismo no Oriente. Sua liberação era positiva para o Estado e ao colonialismo. (PASSETI, 2004, pág. 10)

No século seguinte, a coisa mudou de figura. As drogas passaram a ser proibidas, gerenciadas e controladas pelos países por meio das legislações de saúde pública, imigração, polícia, segurança nacional, continental e internacional. O proibicionismo passou a ser positivo para o Estado Intervencionista. Exemplo dessa mudança de comportamento por parte dos Estados foi a “Guerra do Ópio”. Guerra essa que envolveu países como a Inglaterra, França e China, em que os países envolvidos digladiavam-se por objetivos puramente econômicos e políticos, no qual o saldo desse conflito foi devastador para economia chinesa na época.

Desse modo o interesse econômico e político contribuíram para transformação do tratamento dado ao uso de Drogas ao longo do tempo. Uma vez que, no primeiro momento as drogas são vistas como substâncias de livre circulação utilizadas até mesmo para impulsionar a economia de um país e em outro momento já possuem um caráter de substâncias proibidas controladas pelo Estado através de leis e normas.

A partir do século XIX, as drogas começaram apresentar-se de forma diferenciada. Aquelas drogas advindas da natureza passaram por um processo de industrialização. Surgindo assim as primeiras drogas sintéticas. Assevera Thiago Rodrigues:

A ênfase no caráter milagroso das substâncias sintéticas, que tratavam depressões e hábitos nocivos com drogas ilegais, eram cerne das campanhas publicitárias. A excitação das anfetaminas, muitas vezes superior à cocaína, interessou aos órgãos de defesa norte-americano e europeus, que procuravam por drogas que despertassem coragem e disposição aos seus soldados. Portanto, essas drogas sintéticas estimularam indivíduos, governos, a fim de melhorar o desempenho individual ou de exércitos, servindo também como antidepressivos ou até mesmo como moderador de apetite. (RODRIGUES, 2004, pág. 64 e 65).

Diante desse contexto surgem os primeiros movimentos contraculturais, por volta de 1960, aos quais tiveram destaques: os *hippies* e os *beats* que surgiram nos Estados Unidos e que enfatizavam a liberdade individual associada a causas sociais de diversos tipos. Autoridades como a família e o Estado foram contestadas,

proporcionando um novo período de consumo de drogas, em que experimentação com sentido existencial e de contestação estética, ética e política se fez presente.

Assim esses movimentos sociais começaram a ameaçar a ordem estabelecida, fazendo com que os significados atribuídos a essas drogas fossem novamente questionados. Descreve Thiago Rodrigues em sua obra: “o perigo, portanto residia na transformação pessoal, e na conturbação real em que a contestação pontual poderia representar”. (RODRIGUES, 2004, pág. 80)

Dessa forma, o uso de drogas era uma espécie de marca, característica desses grupos, em que impulsionaria a capacidade de interferir na percepção da realidade para ensejar e implantar suas ideias com maior alcance possível de pessoas, atravessando as distintas classes sociais e proliferando-se no mundo.

No final dos anos 80, o consumo de drogas já estava disseminado nas classes menos favorecidas. Ocasão em que houve a facilidade de conseguir drogas a baixo custo.

A partir de 1990 surge o “crack” (uma mistura de cocaína e bicarbonato de sódio, aquecida e fumada na forma de pedra) teve grande expansão, principalmente entre jovens com menos de 20 anos de todas as classes sociais, mas sobretudo das classes mais baixas. (TOSCANO JR., 2001, pág. 56).

Ou seja o potencial de dependência do “crack” e o baixo custo favoreceram muito o aumento de seu consumo.

Ademais as organizações criminosas aprimoraram-se, elevando seu “*modus operandi*”. A fim de maximizar o lucro e atrair ao máximo o número de indivíduos sejam eles da periferia ou pertencente aos órgãos de controle. Assevera Rosa Del Omo sobre o tema:

A insistência no aspecto moral e criminal do fenômeno das Drogas impediu a compreensão da natureza dinâmica das organizações criminosas, sobretudo de suas dimensões como empresa transnacional dedicada a produção de bens e serviços ilegais. Em

sua verdadeira dimensão é um problema econômico, social e político transnacionalizado, que desequilibra o Estado e a sociedade. (DEL OMO, 1990, pág. 70)

Dessa maneira, o consumo de Drogas não para de evoluir, assumindo diversas formas e características. Foi acompanhando o homem ao longo dos tempos, tendo como consequência graves problemas, sobretudo sociais, em que os gestores públicos devem conhecer de forma direta seus mecanismos de ação a fim de utilizar satisfatoriamente e controlar o excesso, o desvio do uso indiscriminado. Por conseguinte, deve-se buscar minimizar a situação tão preocupante em que se encontra o usuário, dando-se o tratamento necessário para seu problema, por ser caso de saúde pública.

1.2 CONCEITO DE USUÁRIO DE DROGAS

O conceito de usuário de Drogas passou ao longo do tempo por diferentes significados, fato decorrente do avanço da legislação penal que modificou o tratamento dado ao usuário de Drogas. Este carregava há tempos o estigma de criminoso, uma vez que as legislações passadas traziam severo rigor. Tal mudança se deu em razão da tendência mundial de não mais se olhar o usuário como criminoso.

A Organização Mundial de Saúde traz diversas classificações dadas aos usuários de drogas conforme publicação da Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, a seguinte terminologia, no que se refere a drogas: **Experimentador:** pessoa que experimenta droga, levada geralmente por curiosidade. Ou seja, muitas vezes por pressão dos colegas ou por outra razão desconhecida prova e logo em seguida, perde o interesse em repetir a experiência. (Grifo nosso) **Usuário ocasional:** pessoa que utiliza uma ou várias drogas quando disponíveis ou em ambiente favorável, sem rupturas afetiva, social ou profissional. É quando o usuário ainda não é dependente, por sua vez não revela sinais de revolta com as relações afetivas ou sociais. (Grifo nosso) **Usuário habitual:** pessoa que faz uso frequente, porém sem que haja ruptura afetiva, social ou profissional, nem perda de controle. **Usuário dependente:** pessoa que usa a droga de forma frequente e exagerada, com

rupturas dos vínculos afetivos e sociais. Portanto, cada usuário tem uma reação diferente quando em contato com as drogas. (Grifo nosso) (RODRIGUES, 2015).

Na Doutrina existem outras classificações que diferencia o usuário dos toxicômanos ou dependentes. Assevera Birman:

O usuário pode consumir a droga esporadicamente ou mesmo com certa frequência, contudo, ela nunca se transforma na razão máxima de sua vida. O toxicômano, por sua vez, é compelido por uma força física e psíquica muito poderosa a lançar mão sobre essa substância, de modo que elas passam a ser o valor soberano na regulação de suas existências em detrimentos de outros como os laços familiares, afetivos e profissionais. (BIRMAN, 2000, pág. 223-225).

De acordo com Rodrigues:

Os usuários de drogas podem ser divididos em experimentadores, que por curiosidade ou influência dos amigos experimentam a droga não tornando a fazer uso novamente; os moderados, que são aqueles que fazem uso razoável da droga e já apresentam certa dependência psíquica; os habituais, que já apresentam alteração de comportamento e humor e tem dependência psíquica acentuada. Sendo assim, a diferenciação de um grupo para o outro se concentra na dimensão compulsiva que marca a ingestão desses produtos. (RODRIGUES, 2001, pág. 186)

O aspecto jurídico torna-se uma ferramenta de suma importância para amenizar o tratamento proporcionado ao usuário. Percebe-se que ao longo da história, a legislação pertinente evolui tornando-se mais amena ao usuário de Drogas. Assim, proporciona instrumentos que atenua ou agrava a situação do usuário. Por exemplo, foi a lei federal 4.294 de 1921, em que considerava o usuário vítima de seu próprio vício. Ou seja, o ato de se envenenar não é considerado crime pela legislação de 1921, mas tipifica um comportamento de uma situação que sobrecarrega o acusado de estigmas sociais e o catálogo no âmbito do estatístico policial.

No ano de 1976 foi promulgada a lei de tóxicos em que reprimia de forma mais rigorosa o tratamento proporcionado ao usuário. “Reunia um único documento todas às disposições pertinentes ao tráfico e a prevenção ao uso de drogas,

estipulando com independência as sanções penais para os crimes previstos”. (RODRIGUES, 2004, pág. 156)

A sociedade de uma forma geral acompanhou a evolução da legislação. Nota-se que, o tratamento dado ao usuário onde era visto inicialmente apenas como um “drogado” que deveria ser expurgado da coletividade, sendo reprimido e responsável por todos os males acometidos pela sociedade civil. Entretanto há parcelas da sociedade que enxerga o usuário dependente de drogas não mais como um criminoso, mas sim uma vítima daquilo que se pode chamar de violência. Vários podem ser os fatores que levam uma pessoa a se envolver no mundo das drogas. Por exemplo, a limitação pessoal quer sejam de ordem física, psicológica, ou ainda, aquelas impostas pelo sistema em que se vive. Portanto, uma possível solução seria a utilização de políticas públicas de prevenção e recuperação, em que pudesse se diminuir a quantidade daqueles que fazem uso das drogas, não se esquecendo jamais de enxergá-los como vítimas e não mais como criminosos.

1.3 POLÍTICA CRIMINAL

Feuerbach *apud* CARVALHO, no século XIX, define a política criminal como “o conjunto de procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra crime” (CARVALHO, 2013, pág. 165)

Diante desse conceito percebe-se que a política criminal, seria uma espécie de instruções, normas, modelos em que o Estado utilizaria a fim de adotar medidas preventivas e ostensivas para combater a criminalidade.

“A política criminal pretende inspirar e desenvolver uma ação de luta eficaz contra o crime tanto no plano legislativo, como no plano judiciário e penitenciário”. (ANCEL Marc, s/n, pág. 301). Portanto, esse instituto define conjunto de princípios e de orientações para combater a criminalidade através do sistema penal adotado. Exemplo: dar subsídio ao sistema legislativo numa eventual criminalização de uma conduta ensejando um novo tipo penal.

Em outros termos a política criminal de drogas assumiu vislumbrar não apenas o caso específico do sistema punitivo, mas possibilita mensurar toda cadeia da estrutura punitiva.

A política criminal de drogas no Brasil em seu contexto histórico estabeleceu certa distância entre o rol declarado e as funções exercidas pelo plano proposto. Esse fato é decorrente sobretudo pelo modelo transnacional adotado, cuja característica é adequar a legislação ao controle punitivo de combate ao uso de entorpecentes.

Assim, uma das primeiras manifestações mais clara e precisa dessa política surgiu influenciada pelos Estados Unidos, uma política criminal baseada no proibicionismo. Essa proibição organizada e legalizada tornou-se um fenômeno global que iniciou a repressão aos entorpecentes internamente. Richard Nixon em 1971 declarou que o abuso de drogas ilegais era o inimigo número um de qualquer Estado. Essa política global antidrogas se mostrou ineficiente em termos práticos, pois trouxe apenas morte e destruição de inúmeros indivíduos, onde o dinheiro gasto com material bélico repressivo no combate ao tráfico poderia ter sido revestido em políticas de saúde pública, para tratar o problema do consumo de drogas ilegais como uma doença e não como um crime.

Luís Flávio Gomes assevera:

Jogaram energia na proibição assim como na oferta das drogas. Esqueceram do consumo e do consumidor. Sobretudo da sua educação. Gastaram trilhões de dólares. Invasões arbitrárias e anti-soberanas de muitos países ocorreram. Enfocou-se o uso de drogas como um desvio de conduta (um desvio moral). Isso gerou um problema de proporções internacionais. Para combater o vício e a degradação pessoal, deu-se ao tema uma priorização militar. Erro grave de perspectiva. Colocaram nas mãos da polícia um problema antes de tudo social (saúde pública). Milhões foram encarcerados. O vício não desapareceu. Aumentou. As drogas não diminuíram. Aumentaram. A oferta continua alta e a cada dia inventam uma nova droga. (GOMES,2013)

Portanto, de acordo com pensamento do doutrinador supracitado a política criminal repressiva não logrou o êxito proposto, ao contrário, elevou o gasto da máquina pública com incremento bélico desrespeitando direitos constitucionais violando até mesmo os direitos humanos.

Diante das críticas ao modelo proibicionista e repressista, surgiram oposicionistas que impulsionaram a adoção do antiproibicionismo para uma política criminal mais eficaz ao combate da criminalidade.

Segundo MIRON *apud* CARVALHO:

A análise global da política repressivista permite afirmar que a proibição diminui apenas moderadamente o consumo enquanto aumenta vertiginosamente a violência. Assim, eliminando as bases das políticas essencialmente repressistas, impulsionaria a perspectiva reducionista centrada na prevenção integral ao abuso de todos os tipos de substâncias psicotrópicas. (CARVALHO, 2013, pág. 256)

Dessa maneira, adotando-se estruturas de políticas públicas em uma visão de prevenção integral, fundaria a ideia de mínima intervenção penal, cuja base estaria estreita ao instituto da descriminalização.

Nesse contexto a legislação contemporânea deveria pregar os pilares do antiproibicionismo a fim de ensejar uma política criminal mais atuante, que permita satisfazer os interesses da coletividade.

No entanto, a legislação vigente frustra as expectativas dos antiproibicionistas. Pois, manteve a perspectiva formal do controle.

Sobre o tema assevera Salo de Carvalho:

Os princípios e diretrizes previstos na Nova lei de Drogas, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública. Se a legislação não determinar claramente as ações e os órgãos competentes, prevendo mecanismos de responsabilização administrativa, a tendência é de as pautas programáticas restarem irrealizadas. (CARVALHO, 2013, pág. 276)

Ocorre que a lei brasileira na prática evidencia uma política repressiva temperada, pois o tratamento que é proporcionado ao traficante deveria ser de sanções mais gravosas, porém permite benesses processuais, como o instituto do livramento condicional e a possibilidade de redução de pena no chamado tráfico privilegiado, previsto no parágrafo § 4º do artigo 33 da Lei de drogas. Dessa

maneira, em pontos que a política criminal deveria ser mais repressiva torna-se mais branda, por conseguinte evidencia sua ineficácia como política criminal.

Dessa forma, a legislação deve adotar mecanismos que proporcione instrumentos que garantam o respeito aos direitos humanos fundamentados em modelos cuja finalidade seja diminuir os efeitos perversos gerados pela criminalização.

1.4 EVOLUÇÃO NACIONAL DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS:

Sabe-se que a droga surgiu desde a antiguidade e ao longo do tempo vem modificando sua forma, a matéria e suas peculiaridades. Por sua vez, a legislação apresentou-se inicialmente reservada e inconsistente, no que tange ao combate às drogas. Acredita-se que esse fato, pode ser decorrente de uma política criminal ineficiente ou até mesmo por desconhecer os efeitos do uso e suas consequências.

A primeira legislação que normatizou algo sobre combate as drogas foi as Ordenações Filipinas de 1603. Em que demonstrou preocupação sobre a posse, o comércio e a importação de certas substâncias.

Título 89 livro V:

“Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamoneá, nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio”. (BOTELHO, 2015)

Depois das Ordenações Filipinas surgiu em 1830 o Código Criminal do Império, contudo não mencionou nada sobre qualquer proibição em relação a posse de drogas. Já em 1890 foi promulgado o primeiro Código Penal que tratou em seu texto de questões relativas às drogas. Por exemplo, em seu artigo 159:

“Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão cellular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000”. (BOTELHO, 2015)

Ressalta-se que esse Código teve importantes dispositivos que contribuíram para avançar na legislação antidrogas, por sua vez, sofreu variações e foi perdendo sua eficácia.

Em decorrência dessa ineficácia o legislador pátrio percebeu a necessidade de alterar a legislação. Onde em 1940 foi promulgado o Código Penal Brasileiro que regulou a matéria. Preceitua o artigo 281 do Código:

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. (BOTELHO, 2015)

Segundo Greco Filho:

Tal diploma legal foi de importância no combate ao uso de substâncias que causam dependência física e/ou psíquica ao indivíduo, sendo elencadas, ainda, substâncias que se equiparam aos entorpecentes no que diz respeito a dependência, não somente com o intuito de fiscalizar e controlar, como também para os fins penais. (GREGO FILHO, 1996, p.40).

Portanto, nota-se o avanço da legislação, elencando as condutas e a forma de reprimir tais comportamentos. Essa nova legislação apesar de muitas conquistas em relação ao combate às drogas, sofreu bastante crítica por parte da doutrina, em virtude de ir contra o posicionamento jurídico internacional, que pregava a diferenciação do usuário para o traficante, mas que a norma vigente há época não distinguia esses sujeitos.

Desse modo para ensejar maior eficácia e atender ao posicionamento da legislação internacional, o legislador constituinte entendeu que deveria tratar a matéria por meio de uma lei específica com a finalidade de permitir o tratamento correto e distinto ao usuário e o traficante.

Em vista disso, em 21 de outubro de 1976 surgiu a Lei nº 6368, que previu os crimes sobre drogas e o procedimento processual, distinguindo em seu texto o papel do usuário e do traficante.

Assevera Vicente Greco Filho que:

Em linhas gerais, procurava a Lei n. 5.726/71 ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultados no combate ao vício, representando, como já dissemos, a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial na sua época (FILHO, 1996, pág. 70)

Ilustra bem esse posicionamento quando observamos o artigo 12 definindo as condutas de tráfico ilícito de drogas, enquanto o artigo 16 se reservava à posse de drogas para uso indevido:

Art. 12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 16 - Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. (BRASIL, 1976)

Em decorrência da evolução das relações interpessoais e diante da necessidade de adequar a legislação antidrogas aos anseios da coletividade e por mudança de interpretação em escala internacional foi proclamada a lei 10.409/02 com objetivo de substituir a lei 6.368/76 no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto foi inserida com uma série de vícios ocasionando insegurança jurídica. Exemplo bem claro dessa fragilidade da lei foi o veto da parte do Capítulo III, que trata dos Crimes e das Penas. Portanto, a lei supracitada não possuía em seu texto nada sobre as infrações penais, existindo apenas tratamento da parte processual.

Dessa forma, com o objetivo de não se torna norma penal sem efeito a lei de combate às drogas teve sua aplicação dividida. No que tange à parte penal ficou

estabelecida a legislação de 6.368/76, enquanto, a lei de 10.409/02 ficava com a responsabilidade processual deste tema.

Com o objetivo de sanar essa insegurança jurídica o legislador pátrio elaborou uma lei que viesse estabelecer as políticas de prevenção, os tipos penais, reinserção, tratamento de dependências que havia faltado nas legislações anteriores, então em 23 de agosto de 2006 foi instituída a lei de Drogas.

A nova lei trouxe de forma mais condizente o tratamento dado ao usuário e do traficante concatenado com os atuais moldes jurisprudenciais e sociais.

Não obstante a intenção do legislador de tornar a legislação de Drogas mais eficiente, ela sofreu duras críticas por parte da doutrina, que esperava maior progresso na atual lei.

Assevera Pinheiro Júnior:

Neste contexto, o legislador brasileiro deveria ter explorado com muito mais acuidade a fonte inspiradora da Lei n. 11.343/06 - a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Chamada Convenção de Viena - de forma a buscar uma resposta penal muito mais eficaz a tão grave forma de delinquência. Confrontando nossa nova Lei de Drogas com a legislação de outros países, inspiradas ou não pela Convenção de Viena, chegaremos a triste conclusão que a nossa nova Lei já não era tão nova assim ao tempo de sua promulgação. (JÚNIOR, 2012).

É inegável o avanço da atual legislação, pois inovou ao trazer novas infrações penais em que havia a necessidade de regulamentação, por exemplo, o caso do financiador previsto no artigo 36 da referida lei, *in verbis*:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de **8** (oito) a **20** (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. (grifo nosso)

Além do mais, outra novidade foi a pena de admoestação verbal nos moldes do artigo 28, §6 da lei 11.343, *in verbis*:

§ 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;

Portanto, a lei 11.343/06 trouxe avanços significativos à política de combate às drogas, porém sabe-se que há muito a se concretizar a fim de adequar a norma jurídica penal aos anseios da coletividade e aos novos entendimentos sobre a política criminal de drogas no mundo.

CAPÍTULO 2: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO:

Princípio, segundo o conceito extraído do novo dicionário da língua portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira indica o início, a origem, o começo, a causa primária, bem como 1. Rudimentos. 2. Primeira época da vida. 3. Folhas preliminares. 4. Filos. Proposições norteadoras de um determinado campo científico, pelas quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar de acordo.

Diante do conceituado no item 4 acima, temos os princípios como os elementos norteadores da criação das normas jurídicas, devendo obrigatoriamente as normas respeitarem o que dispõe os princípios para sua criação.

Para Miguel Reale, “princípios são enunciados normativos de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” (REALE, 2002, pág. 304).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, princípio é por definição:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios que

preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2010, pág. 958/959).

Ruy Samuel Espíndola, no seu livro conceito de princípios constitucionais, conclui que:

A ideia de princípio ou a sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estrutura de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam. (ESPÍNDOLA, 2002, pág. 53).

Diante de tal conceituação podemos concluir que os princípios são os responsáveis por orientar todo um sistema normativo, mesmo que eles não possuam força normativa ou que não estejam expressamente dispostos em textos normativos, como na Constituição Federal de 1988, a exemplo do princípio da legalidade, expressamente disposto no artigo 37 da CF/88, *in verbis*:

"Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". (grifo nosso).

Ou mesmo os princípios gerais do direito, que, embora não positivados, devem ser observados, como leciona Olga Sánchez Martínez *apud* GRECO ao dizer que:

Os princípios gerais do direito permitem, sendo fiel a lei, construir valorativamente sua aplicação. No momento da interpretação jurídica as normas são reconduzidas aos princípios buscando sua conformidade com o conjunto de valores materiais reconhecidos no

ordenamento jurídico, seja texto constitucional ou na regulação concreta das distintas instituições jurídicas. (GRECO, Direito Penal do Equilíbrio, 2009).

Modernamente se aceita o posicionamento de que os princípios, expressos ou implícitos, positivados no ordenamento ou não, possuem caráter normativo, uma vez que, por seu aspecto altamente genérico e informador de toda uma ordem jurídica, tem capacidade, inclusive, de analisar se uma norma observa ou não tal princípio, como requisito essencial de validade.

Ana Paula Barcellos, no seu livro "A eficácia jurídica dos princípios constitucionais" enumera os sete elementos utilizados pela doutrina para se distinguir princípios de regras, quais sejam:

- (1) O conteúdo. Os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. Ainda no que diz respeito ao conteúdo, Rodolfo L. Vigo chega a identificar determinados princípios, que denomina de 'fortes', como os direitos humanos.
- (2) Origem e validade. A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que diz respeito aos princípios.
- (3) Compromisso histórico. Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar.
- (4) Função do ordenamento. Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. Ao modo dos axiomas e leis científicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação.
- (5) Estrutura linguística. Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações. Em relação às regras, diferentemente, é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação.

(6) Esforço interpretativo exigido. Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Esser, 'burocrática e técnica'.

(7) Aplicação. As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo de 'tudo ou nada', popularizado por Ronaldo Dworkin. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. (BARCELLOS, 2002, pág.47-51)

Diante deste raciocínio, mostra-se cristalino que os princípios, dado seu caráter de norma superior no ordenamento jurídico, servem de base para garantir que as normas emanadas pelo Estado devem obedecer os ditames axiológicos dos princípios, sob pena de tais normas serem declaradas ineficazes por ofender diretamente os princípios.

Assim, os princípios ocupam o topo da escala hierárquica das normas de determinado ordenamento jurídico, uma vez que refletem diretamente na criação dessas normas.

2.2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

Os princípios, no direito brasileiro, são dotados de força normativa, uma vez que sua inobservância gera a invalidade da norma que violou os princípios.

Para Rogério Greco, o Direito Penal só deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. (GRECO, Curso de Direito Penal, 2003).

Diante deste entendimento, mister salientar que o Direito Penal deve ser sempre a "ultima ratio" do ordenamento jurídico de qualquer Estado, uma vez que, por seu caráter punitivo e repressivo, deve cuidar apenas das condutas que

realmente mereçam ser tuteladas por este ramo do direito, condutas que afetem bens jurídicos de terceiros.

O legislador, por meio de um critério político que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal". (GRECO, Curso de Direito Penal, 2003).

De acordo com esse entendimento, percebe-se um princípio limitador do poder de punir do Estado, uma vez que, conforme aduz Luis Regis Prado,

O exercício do direito estatal de punir se manifesta no momento de criação e promulgação das leis e no de sua aplicação aos casos concretos. Assim, há limites impostos pelo Estado de Direito que atuam na construção do sistema penal positivo e na aplicação e execução das sanções penais. (PRADO, Curso de Direito Penal, 2010).

Para Paulo Bonavides, "os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade". (BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 1997). Para clarificar este entendimento, existem diversos acórdãos proferidos nos Tribunais Superiores sobre a aplicação dos princípios constitucionais penais, como o que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, ao tratar da insignificância no direito penal:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00

(EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412 / SP Rel: Min. CELSO DE MELLO- DJ 19-11-04).

Em outro Julgado, em sede de *Habeas Corpus*, o STF reconheceu a aplicação do princípio da insignificância no crime de uso de drogas para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, conforme trecho in verbis:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma

periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida.

(STF - HC: 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012).

Conclui-se, portanto, que a insignificância está relacionada a lesões de pequena monta e por isso, condutas que se enquadram em tal princípio são atípicas materialmente, por sua mínima ofensividade.

Luis Regis Prado conceitua tal princípio da seguinte forma:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non cura praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a *tipicidade* da conduta em casos de danos de pouca importância. (PRADO, Curso de Direito Penal, 2010).

Analisando comparativamente, o princípio da legalidade encontra lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se encontra insculpido na Constituição Federal, no seu artigo 5º, XXXIX (**Não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal**), bem como no Código Penal Pátrio, no artigo 1º (**Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal**). (grifo nosso).

Sua aplicação no Direito Penal Brasileiro pode ser verificada através de inúmeros julgados brasileiros, como no acórdão de relatoria do ex-ministro do STF Sepúlveda Pertence, *in verbis*:

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – MEDIDAS PROVISÓRIAS I. MEDIDA PROVISÓRIA: SUA INADMISSIBILIDADE EM MATÉRIA PENAL – EXTRAÍDA PELA DOCTRINA CONSENSUAL - DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO -, NÃO COMPREENDE A DE NORMAS PENAS BENÉFICAS, ASSIM, AS QUE ABOLEM CRIMES OU LHEM RESTRINGEM O ALCANCE, EXTINGAM OU ABRANDEM PENAS OU AMPLIAM OS CASOS DE ISENÇÃO DE PENA OU DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. II. Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições. III. MPr 1571-6/97, art. 7º, § 7º, reiterado na reedição subsequente (MPr 1571-7, art. 7º, § 6º), mas não reproduzido a partir da reedição seguinte (MPr 1571-8 /97): sua aplicação aos fatos ocorridos na vigência das edições que o continham, por força da cláusula de "convalidação" inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo" (RExt. 254818 / PR - Rel: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE-DJ 19-12-2002).

Já o princípio da legalidade serve como barreira ao poder punitivo do Estado, pois para que alguma conduta seja considerada crime deverá ser feita através de lei, não possibilitando, em hipótese alguma, o Direito Penal ser tutelado através de medidas provisória, inadmissível, por clara afronta aos princípios básicos da democracia.

2.3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAS NOS JULGAMENTOS ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO.

O usuário de drogas, aquela pessoa que porta drogas para uso próprio, comete uma conduta lesiva interior, para si, mas não comete nenhum crime, pois basta entendermos que para o Direito Penal quem comete crime é aquele que

ofende bens jurídicos de terceiros. O princípio que dita isso se chama princípio da alteridade, também conhecido como lesividade ou ofensividade.

Segundo Luis Flávio Gomes:

A ofensividade é condição necessária, ainda que não suficiente, da intervenção penal e que o delito é expressão de uma infração ao Direito (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido), tem relevância ímpar exigir do legislador a descrição do fato típico como uma ofensa a um determinado e específico bem jurídico. (GOMES, Luís Flávio, 2002, pag. 234)

Emiliano Borja Jiménez por sua vez fundamenta a não incriminação do uso de drogas dizendo:

O consumidor de qualquer das substâncias qualificadas como drogas tóxicas, estupefacientes ou psicotrópicas, está atuando uma faceta de sua liberdade com relação à disposição de sua saúde de forma autônoma, ainda quando esta sofra menoscabos pelo prazer do consumo de narcóticos. Atendendo a esta perspectiva individual, a criação de barreiras punitivas por parte do Estado, que determinem uma obstaculizarão a esse direito de consumo, se apresenta como uma intolerável ingerência que se concretizaria numa vulneração de um dos fundamentos de natureza política e da paz social: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, concreção da dignidade humana. (JIMÉNEZ, Emiliano Borja, 2003, pag. 198).

Tal situação viola frontalmente diversos princípios constitucionais, como sustenta Salo de Carvalho:

Aliados aos argumentos decorrentes do princípio da lesividade e da autonomia individual, os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CR) permitem a densificação da tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física ou psíquica. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Todavia é nos princípios de tutela da intimidade e da vida privada que os argumentos ganham maior relevância.

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima”. (CARVALHO, 2013, pág. 409/410).

E ainda segundo Pierpaolo Bottini, “ao criminalizar o uso de drogas, a lei afronta a ideia de dignidade da pessoa humana e também a pluralidade, ambas previstas no art. 1º, incisos III e V da Constituição Federal” (BOTTINI, 2015)

A dignidade da pessoa humana, numa definição genérica é a capacidade de autodeterminação do ser humano para o desenvolvimento de um mundo de vida autônomo, onde seja possível uma reciprocidade. Já a pluralidade significa a tolerância no mesmo corpo social de diferentes estilos, ideologias, preferências morais, etc. respeitadas as fronteiras do mundo de vida dos outros. Os princípios da dignidade e da pluralidade limitam o uso do direito penal como forma de controle social ou de promoção de valores funcionais, pois como o direito penal é a “*ultima ratio*” do Estado, seu uso se restringe à punição de comportamentos que violem este liberdade de autodeterminação do indivíduo, que maculem este espaço de criação do mundo de vida. Nesse sentido, o espaço individual deve ser respeitado pelo Estado, exigindo-se do legislador que reconheça que a conduta que não afetem a dignidade de outros membros da sociedade não tem relevância penal.

Assim afirma Gilmar Mendes em sua obra sobre o tema:

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em 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. O uso de drogas encontra-se nessa esfera privada do indivíduo, protegido contra a ingerência do Estado, ao menos no que se refere à política de repressão criminal. (MENDES, Gilmar, 2013, pag. 95)

Em alguns julgados em Tribunais Brasileiros cada vez mais se vê uma inclinação para o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, como em Criciúma, Santa Catarina, em que a Quarta Turma de Recursos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por maioria de votos reconheceu a inconstitucionalidade material do art. 28 da Lei de Drogas, em controle difuso de constitucionalidade. O referido órgão colegiado considerou a conduta atípica, com fundamento nos princípios constitucionais penais, como a alteridade. No voto proferido pelo relator Juiz de Direito Mauricio Mortari, destacou que:

É evidente que tanto as drogas ilícitas como as lícitas são nocivas à saúde, a depender evidentemente da frequência, modo e forma de uso das substâncias, não sendo viável pensar que o Direito Penal é meio eficaz para impedir que aquelas continuem a ser usadas por parcela da população, sobretudo porque é ilusão imaginar que algum dia as drogas serão banidas em definitivo, ou seja, que haverá um vitorioso nessa guerra. (MORTARI, 2015)

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. ART. 28 DA LEI DE DROGAS. PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. NÃO OBSTANTE, TRATA-SE DE CONDUTA ATÍPICA EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA INCRIMINADORA. PROTEÇÃO À SAÚDE PÚBLICA QUE NÃO PODE SER PROMOVIDA PELO DIREITO PENAL, MORMENTE PORQUE A CONDUTA EM ANÁLISE ATINGE SOMENTE A SAÚDE DO USUÁRIO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE, SEGUNDO O QUAL A AUTOLESÃO NÃO É PUNÍVEL. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL QUE PROTEGE A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA (ART. 5º, X, DA CF). OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ISONOMIA EM FACE DA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE NA DISTINÇÃO ENTRE OS CONSUMIDORES DE

DROGAS LÍCITAS E ILÍCITAS, MESMO PORQUE A CRIMINALIZAÇÃO NÃO SE MOSTRA EFICAZ COMO MEIO DE EVITAR O CONSUMO DE TAIS SUBSTÂNCIAS. APLICAÇÃO SELETIVA DO DIREITO PENAL A PONTO DE OFENDER O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIANTE DOS DIVERSOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VULNERADOS, POSSÍVEL O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO. (Apelação criminal n. 2015.400069-1, Relator: Juiz Maurício Mortari).

No Juizado Especial da Comarca de Campinas, o Dr. José Henrique Rodrigues Torres afastou a tipicidade da conduta do artigo 28 da Lei de Drogas por violar diversos princípios constitucionais e o Estado Democrático de Direito, como se vê na ementa do julgado, *in verbis*:

PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL - ATIPICIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPINAS:

O porte de drogas para consumo pessoal não é crime. Trata-se de conduta atípica. É que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso pessoal é inconstitucional, porque (1) não descreve conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica afronta ao princípio constitucional da lesividade, (2) viola os princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, *pro homine* e respeito à diferença, corolários do princípio da dignidade humana, albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e (3) contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, que, no âmbito da criminalização primária das condutas, devem ser observados em um Estado de Direito Democrático. (TORRES, 2014).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão analisando a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, sendo que alguns já proferiram seu voto, como o ministro Luiz Edson Fachin, que, conforme trecho do seu voto reconhece que a questão do usuário de drogas deve sair da esfera do direito penal e passar a ser tutelada no âmbito da saúde pública:

(...) Com base neste quadro fático, o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente. Ao necessitar de tratamento para a superação do vício, é estabelecida ao Estado (e mesmo à sociedade) uma obrigação de fornecer os meios necessários para tanto. Relembre-se o disposto no art. 196, do Texto Constitucional (FACHIN, 2015, pág. 08)

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL, Constituição, 1988)

Disso se extrai que o acesso à saúde é universal, frise-se bem, e, por conseguinte, deve abarcar todos os indivíduos que necessitarem dos seus serviços para preservação da própria integridade física e mental. Ao referir-se a "todos", em tal significante se inclui a integralidade dos cidadãos, sem qualquer pecha discriminatória sobre a patologia acometida ou sua origem, sua raça ou sua cor que os prive de tratamento ou cuidado. Ter acesso legal à saúde é direito fundamental. Repita-se: toda droga, lícita ou ilícita, traz sequelas, e pode fazer mal, afetando o sistema de recompensa, seja gerando dependência física ou psíquica.

Isso posto, conforme se alinha o pensamento dos doutrinadores que discorrem sobre o tema da descriminalização do uso de drogas em face dos princípios constitucionais penais com os principais julgados nos Tribunais Superiores o tema do uso de drogas vai se aclarando, onde cada vez mais se reconhece que os usuários de drogas devem ser tratados como doentes e não como criminosos.

CAPÍTULO 3: PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DA PERMANÊNCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS

3.1 OS EFEITOS PENAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO BRASIL:

O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 prevê três espécies de pena que podem ser aplicadas ao usuário de drogas que for flagrado com drogas para consumo pessoal, quais sejam, I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de

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

A advertência sobre os efeitos das drogas trata-se de modalidade de pena não privativa de liberdade nova, uma vez que antes de sua introdução na lei nº 11.343/2006 não havia precedentes na legislação penal pátria.

A advertência tem natureza jurídica de pena, pois enseja inclusive a reincidência, conforme se extrai do art. 28, §4º da Lei de Drogas. O momento de aplicação da advertência é na audiência preliminar, nos termos do artigo 60 e seguintes da Lei 9.099/95, uma vez que, conforme dispõe o art. 48 da Lei de Drogas, o procedimento penal adotado ao crime de uso de entorpecentes é o dos juizados especiais criminais.

Nos termos do que dispõe a referida lei, na audiência preliminar, caso o Ministério Público proponha a transação penal consistente em advertência sobre os efeitos nocivos do uso de entorpecentes, sendo aceita pela defesa, o magistrado censurará o autor do fato delituoso, esclarecendo os efeitos das drogas, o perigo que consiste para o usuário e para a sociedade, sendo tudo lavrado a termo, sendo subscrito por todos os presentes na audiência preliminar. Se por algum motivo a advertência sobre os efeitos nocivos das drogas não puder ser realizada na audiência preliminar, caberá ao magistrado marcar audiência específica para tal fim, nos termos da audiência admonitória da suspensão condicional da pena.

Outra penalidade que pode ser aplicada pelo magistrado consiste na imposição da prestação de serviços à comunidade, que, nos moldes desta lei de drogas tem natureza de pena principal e não mais substitutiva, como ocorre no Código Penal. Ela pode ser aplicada tanto na audiência preliminar, caso o Ministério Público transacione com o usuário, como em sentença prolatada no final do processo, caso não ocorra a transação penal. Conforme dispõe o parágrafo terceiro do art. 28 da lei 11.343/2006, a prestação de serviços à comunidade pode ser aplicada pelo período máximo de 5 (cinco) meses, devendo ser prestada pelo usuário gratuitamente, nos moldes do disposto no art. 46 § 3º do Código Penal, segundo o qual, será exercida conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumprida à razão de um hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Nos termos do disposto no §5º do art. 28 da Lei de Drogas, 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.

Também poderá ser aplicada ao usuário de drogas a pena de comparecimento a programa ou curso educativo. Tal pena é novidade legislativa trazida pela nova lei de drogas, tendo caráter de medida educativa. Tal pena também tem como período de aplicação o prazo máximo de 5 (cinco) meses (art.28, §3º, Lei 11.343/06), bem como tem o condão de gerar reincidência. Assim como a advertência e a prestação de serviços à comunidade, tal pena pode ser aplicada na audiência preliminar, caso haja proposta de transação penal pelo Ministério Público.

O artigo 28 da lei de drogas, apesar de seu caráter despenalizador, pode gerar o instituto da reincidência, que nos termos do que dispõe o art. 63 do Código Penal, considera-se reincidente o agente que pratica novo crime após o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por crime anterior. Nos termos do art. 28 §4 da Lei de Drogas, caso o agente seja reincidente, as penas de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses.

O parágrafo sexto do artigo 28 da lei de drogas trouxe duas hipóteses de pena a serem aplicadas ao agente que descumpra injustificadamente a pena de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo, quais sejam: I – Admoestação verbal, II – Multa.

A admoestação verbal, nova modalidade de pena trazida pela lei de drogas, consiste na censura verbal feita pelo juiz ao agente descumpridor, concitando o agente a cumprir a pena lhe que foi aplicada. Tal pena deverá ser realizada em audiência designada para este fim, sendo no final atermada pelos presentes.

Para Salo de Carvalho, tem-se o ato de admoestação, em razão do caráter de reprovabilidade real ou simbólica, natureza punitiva, adequando-se na proposital lacuna deixada pelo texto constitucional. Segundo o doutrinador:

Com a crise da pena privativa de liberdade e o movimento internacional de reforma dos sistemas punitivos, a Constituição abriu espaço à criação e à proposição de alternativas ao cárcere, fixando os limites possíveis de punibilidade a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, e tendo como norteadores da sanção os princípios da proporcionalidade, da individualização, da pessoalidade e da humanidade. (CARVALHO, 2013, pág. 423/424).

Segundo Andreucci, a multa consiste em:

Sanção pecuniária, aplicável ao agente que, injustificadamente, se recuse a cumprir as medidas educativas de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo. Deve suceder a admoestação verbal. Será imposta pelo juiz atendendo à reprovabilidade da conduta e fixada em dias-multa. Consistirá, no mínimo, em 40, e, no máximo, em 100 dias-multa. O valor do dia-multa, segundo a capacidade econômica do agente, será de no mínimo, um trinta avos e de, no máximo, três vezes o maior salário mínimo. Os valores decorrentes dessa multa serão creditados ao Fundo Nacional Antidrogas. (ANDREUCCI, 2010, pág. 209)

3.2 DESCRIMINALIZAÇÃO X DESPENALIZAÇÃO:

Segundo Queiroz:

Descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penal irrelevante. Já a despenalização é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito, etc.). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção), com a despenalização a conduta permanece criminosa, mas muda a pena aplicada (QUEIROZ, 2008).

Ou seja, descriminalizar significa em retirar do fato criminoso a circunstância que o tornava relevante para o Direito Penal e despenalizar funcionaria como atenuante de pena, em que deixaria de sancionar a privativa de liberdade, entretanto aplicaria pena de outra natureza não carcerária, por exemplo: a pena restritiva de direitos.

No conceito de Luiz Flávio Gomes:

Descriminalizar é retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime (deixa de ser infração penal). e despenalizar significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso de pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter de 'crime' da infração (o fato continua sendo infração penal). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para o delito. (GOMES, 2006, pág. 108).

A atual lei de drogas 11.343/06 trouxe para o ordenamento jurídico uma mudança significativa ao tratamento dado ao usuário de Drogas, pois a proposta da legislação vigente foi de despenalizar a conduta do indivíduo que faz o uso de Drogas para consumo próprio, diferentemente da lei anterior em que no seu artigo 16 da Lei nº 6.368 de 21 de Outubro de 1976, preceituava:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - **Detenção**, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. (Grifo nosso).

Nota-se que, ao infrator que praticasse as condutas descritas no artigo supracitado poderia ser aplicada pena de privativa de liberdade, assim não há dúvidas do tratamento mais gravoso dado pela antiga lei e, por conseguinte sua penalização.

Já na atual lei não se encontra mais a penalização da conduta, razão pela qual o porte de drogas para consumo próprio deixou de ter como pena a privação da liberdade. Diante dessa modificação sofrida na atual lei, impulsionou um debate doutrinária no que tange ao caráter penal do artigo 28 da lei de drogas.

Tal discussão gira em torno dos institutos da despenalização e descriminalização do crime de uso de drogas para consumo próprio, em que tal modificação legislativa fez com que juristas e doutrinadores debruçassem sobre o tema contribuindo assim para a discussão da matéria

Para Luiz Flávio Gomes:

A Lei nº 11.343/2006 (art. 28) 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). (GOMES, 2008, pág. 121).

Assim posiciona o doutrinador que a justificativa para tal conclusão seria a de que segundo a lei de introdução ao Código Penal, no seu artigo 1º, não se poderia classificar o artigo 28 da nova lei de drogas nem como crime e nem como contravenção. Não podendo ser crime, pois não prevê pena de reclusão ou detenção, bem como não podendo ser classificado como contravenção, pois não prevê multa isolada e nem prisão simples. Por tais razões o artigo 28 não seria mais uma infração penal embora continuasse haver a ilicitude da conduta.

Conclui Luís Flavio Gomes sobre seu posicionamento:

A posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração "sui generis". Não se trata de crime nem de contravenção penal porque somente foram cominadas as penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. (GOMES, 2008, pág. 121)

Há outros doutrinadores que possuem opinião divergente, como a de Fernando Capez, segundo o qual:

Não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e as penas (capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do juizado Especial Criminal, conforme expressa determina legal do art. 48 § 1º da nova lei). A LICP está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI. (CAPEZ, 2006, p.68).

Esse pensamento é compartilhado e comungado por ZAFFARONI *apud* REGHELIN, que afirma: o usuário de drogas permanece visto segundo a perspectiva do binômio doente-criminoso. De qualquer maneira, seja por meio de uma pena, seja mediante uma medida de segurança, o usuário acaba submetido a uma sanção penal. (REGHELIN, 2007, pág.73)

Nessa perspectiva, é oportuno trazer o posicionamento dos tribunais pátrios sobre a matéria exarada:

ENTORPECENTES – USO – LEI NOVA – LEI 11.343/2006 – DESCRIMINALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA. Em que pese não haver mais previsão legal para a aplicação de pena privativa de liberdade nos casos da conduta de porte de entorpecentes para consumo próprio, mesmo nos casos de reincidência delitiva, não foi ela retirada do alcance do Direito Penal, tendo ocorrido, apenas, mitigação, da sanção imposta, por meio da aplicação de pena restritiva de direitos, sendo, assim, caso de novatio legis in melius e não de abolitio criminis. (2ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.119.520-3 – Rel. Magid Nauef Láuar).

HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA SOB O ARGUMENTO DE OCORRÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI 6.368/76. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. DESPENALIZAÇÃO DA CONDUTA. SUBSISTÊNCIA DA CONDENAÇÃO ANTERIOR PARA FINS DE REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO SOCIAL DEMONSTRADA. 1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão

pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização. RE 430.105 2811.3433. Em que pese a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o acusado reincidente, o artigo 44, § 3º, do Código Penal, abre a possibilidade de substituição "desde que, em face da condenação anterior, a pena seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime." In casu, a substituição não seria recomendável nem suficiente à reprovação da conduta delituosa, conforme decisão da Corte estadual. 44§ 3º Código Penal. 4. Habeas Corpus não conhecido. (114766 SP 2008/0194422-1, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2012)

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – LEI Nº 11.343/06 – AUSÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS – USO PRÓPRIO – ÍNFIMO POTENCIAL OFENSIVO – RECURSO PROVIDO. A Lei nº 11.343/06 não descriminalizou a posse de drogas para uso próprio, apenas criou nova infração penal de ínfimo potencial ofensivo. - Recurso provido. (2ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.119.141-8 – Rel. Dirceu Wallace Baroni. J. 28/06/2007).

CRIMINAL – TÓXICOS – ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL – ABOLITIO CRIMINIS – INOCORRÊNCIA – DESPENALIZAÇÃO – DECISÃO CASSADA O art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não implicou em abolitio criminis do delito de posse de drogas para uso pessoal, anteriormente previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, tendo ocorrido, com o novo diploma legal, mera despenalização da conduta. Recurso provido para cassar a decisão primeva. (1ª Turma Recursal / Betim – Rec. 0027.07.122.419-3 – Rel. Luciana Nardoni Álvares da Silva Fontenelle. J. 29/06/2007).

O Supremo Tribunal Federal compartilha com a Doutrina majoritária o posicionamento em relação ao tema. Acredita-se que não houve a descriminalização da posse para uso pessoal de drogas e sim apenas a despenalização, pois apesar de não haver a pena privativa de liberdade, existe a restrição de direitos, portanto uma sanção penal. Ou seja, o legislador prevê sanções alternativas para o crime que não sejam penas privativas de liberdade.

Assim o STF manifestou seu pensamento acerca da lei 11343/06, no que tange o artigo 28.

Confira a ementa do julgado no STF:

(...) 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 despreço 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). (...) 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). (...) (STF. 1ª Turma. RE 430105 QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13/02/2007)

Desse modo, apesar dos concretos fundamentos de ambas as correntes doutrinárias, a jurisprudência nacional vem firmando o entendimento pela despenalização da conduta inserta no art. 28 da lei 11.343/06. Por seguinte, o Supremo Tribunal Federal resolveu a questão de ordem suscitada decidindo que o art. 28 da Lei 11.343/2006 não foi alcançado pelo "abolitio criminis", portanto, o artigo 28 prevê um crime e quem comete o crime do referido artigo é um criminoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, cabe salientar que apesar de existir uma lei de drogas relativamente nova com um artigo específico tratando do crime de uso de entorpecentes para consumo próprio, tal dispositivo é extremamente duvidoso, uma vez que a doutrina e os tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal, discutem sobre a constitucionalidade do referido artigo, pois, por prevê uma conduta que em tese gera apenas uma autolesão, não poderia ser considerada crime, por ofender diretamente o princípio da alteridade, segundo o qual, só há crime se a conduta do agente lesar bem jurídicos tutelados de terceiros.

O estudo realizado demonstrou que o uso de drogas entorpecentes acontece desde épocas mais remotas, uma vez que as drogas sempre fizeram parte da cultura de um povo, como afirma Aldous Huxley em seu livro as portas da percepção:

Parece extremamente improvável que a humanidade, de um modo geral, algum dia seja capaz de passar sem paraísos artificiais. A maioria dos homens e mulheres leva uma vida tão sofredora em seus pontos baixos e tão monótona em suas eminências, tão pobre e limitada, que os desejos de fuga, os anseios para superar-se, ainda que por uns breves momentos, estão e têm estado sempre entre os principais apetites da alma. (STINGUEL, 2015)

A legislação que primeiro tratou sobre o tema drogas no Brasil foi as Ordenações Filipinas, passando pelo Código Criminal do Império, até os dias de hoje com a lei nº 11.343,2006, sendo observado no decorrer dos tempos diferente tratamentos dados à política criminal de drogas. Hoje, observa-se que a legislação vigente vem se adequando à política criminal internacional que visa a repressão ao tráfico, mas ameniza as penalidades sofridas aos usuários de drogas. No entanto, não chegamos a um ideal em relação ao usuário de drogas, uma vez que, apesar de a novel legislação ter abolido a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, o mesmo, nos termos técnicos da palavra, ainda é um criminoso, apesar de alguns doutrinadores afirmarem que o delito previsto no artigo 28 da lei de drogas não é crime, mas infração penal “*sui generis*”.

No presente estudo foi apresentado à força normativa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive tecendo comentários sobre julgados em

que se fez uso da força normativa dos princípios, como o da insignificância, em que se afastou a tipicidade material do uso de drogas, tornando a conduta atípica, por não ofender bem jurídico relevante ao direito penal.

Também se fez presente no estudo a análise da constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, em que foi demonstrado que diversos juízes de direito no Brasil, em controle difuso de constitucionalidade, decretam a inconstitucionalidade o referido artigo, por ofender princípios constitucionais diversos, como o da dignidade da pessoa humana, da vida privada, da alteridade, proporcionalidade, dentre outros.

Na mesma linha, se fez presente a votação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, que, por interposição de um Recurso Extraordinário em que foi conhecido a repercussão geral do artigo 28 da lei nº11.343/2006, os ministros estão analisando a constitucionalidade do referido artigo. Foi posto ao presente trabalho trechos do voto do Ministro Fachin, que, como se pode observar, segue a linha da política criminal internacional, uma vez que reconheceu ser o usuário de drogas uma pessoa doente, não podendo, portanto, ser criminalizada a conduta de uso de entorpecentes, devendo tal problema sair da ótica do direito penal e passar a ser tratado como questão de saúde pública.

Por fim, foi realizada a análise dos efeitos penais advindos com a nova lei de drogas, em que foram demonstradas as penas alternativas diversas da prisão aplicadas ao usuário enquadrado no artigo 28 da novel legislação, os aspectos penais relevantes da nova lei, como a pena de admoestação verbal, inédita no ordenamento pátrio, o instituto da transação penal e da reincidência, e concluindo o presente estudo foi demonstrada e analisada a despenalização e descriminalização do artigo supracitado, em que se mostrou que a doutrina e a jurisprudência são divididas em relação ao assunto, mas que, para os tribunais brasileiros a conduta de uso de drogas ainda é crime, no entanto, a nova legislação apenas despenalizou a conduta, uma vez que aboliu a pena de prisão a esta conduta.

Concluindo, o presente estudo visa acender a discussão sobre os aspectos mais relevantes do artigo 28 da nova lei de drogas, por ser de extrema relevância para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. e.d. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BIRMAN, Joel. **Mal-estar na atualidade: A psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BOTELHO, Jefferson. **STF - Descriminalização ou liberação da posse de drogas para uso pessoal?**. Jurisway, Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15326>. Acesso em: 11/06/2016

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Descriminalizar o Uso de Drogas: uma questão constitucional**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional>>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de junho de 2016.

_____. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 de junho de 2016.

_____. **Lei nº 11.343/2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 03 de junho de 2016.

CARVALHO, Salo de; **A Política Criminal de Drogas no Brasil**, São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Voto sobre a Descriminalização do Uso de Drogas**. Disponível em <<http://jota.info/leia-a-integra-do-voto-do-ministro-fachin-sobre-descriminalizacao-das-drogas>>.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 11. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1996

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª Ed., Nitéroj, RJ: Impetus, 2009.

GOMES, Luís Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: RT, 2008

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Proibicionismo das Drogas (e Riqueza do Crime Organizado)**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 01 de out. de 2013. Disponível em:< <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9486/proibicionismo-das-drogas-e-riqueza-a-do-crime-organizado> >. Acesso em: 14 de jun. de 2016.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. Valencia: *Tirantlo Blanch*, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso de. PERTENCE, Sepúlveda. **Jurisprudência do STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORTARI, Maurício Fabiano. **Consumo de Drogas para Uso Pessoal não é Crime**. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/consumo-de-drogas-para-uso-pessoal-nao-e-crime-diz-juiz-em-sentenca/>>.

OMO, Rosa Del. **A face oculta das Drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PASSETI Edson. **A arte de lidar com as Drogas e o Estado, política e drogas na América**. EDUC: FAPESP, São Paulo, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/>>. Acesso em: 11. jun. 2016

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGUELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de Drogas na nova legislação penal brasileira. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, ano 15, n.64, jan/fev 2007.

ROXIN, C. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Tradução. Luis Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

RODRIGUES, T. **Política e Drogas nas Américas**. Educ: Fapesp. São Paulo, 2004.

SENAD. **Decreto nº 85.110 de 02 de setembro de 1980. Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes**. Disponível em < www.senad.gov.br>. Acesso em: 17 de junho de 2016.

STINGUEL, Doney. **As Portas da Percepção**. 2015. Disponível em: <<http://listadelivros-doney.blogspot.com.br/2015/10/as-portas-da-percepcao-ceu-e-inferno.html>>. Acesso em 23 de junho de 2016.

TOFFOLI, Dias. **Jurisprudência do STF**. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398311/habeas-corpus-hc-110475-sc-stf>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Jurisprudência sobre Drogas**. Disponível em <<http://www.leapbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

TOSCANO JR., “**Um breve histórico sobre o uso de drogas**”. In: SEIBEL, S. D, Ed: Atheneu, 2001.