

DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS QUANTO AO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO DE *CANNABIS*

Gabriel Sampaio Vitorino¹

Armando Mesquita Junior²

Fábio da Silva Santos³

RESUMO

Este artigo científico propõe refletir acerca da Lei Antidrogas e o tratamento penal dado ao usuário de *cannabis* a partir da análise do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte para uso próprio de *cannabis*. Utilizou-se o método qualitativo, com revisão bibliográfica, além de coleta de dados. Nesse contexto, traz em seu esboço a contextualização da Lei de Drogas, o conceito de entorpecentes, origem do proibicionismo e o tratamento dos Estados estrangeiros quanto a regulação do uso de maconha. Analisa principalmente os princípios constitucionais do Estado Democrático de direito, como lesividade e liberdade individual, chegando à conclusão que a criminalização do porte da maconha para uso pessoal é inconstitucional.

Palavras-chave: Drogas. Proibicionismo. Maconha.

1 INTRODUÇÃO

Tratando-se de conduta tipificada pelo Direito Penal, é de extrema importância abordar a questão da criminalização do porte para uso próprio de *cannabis*, afinal, por conta das penalidades impostas aos usuários de maconha, o Judiciário encontra-se com um volume desproporcional de processos criminais, em decorrência do tratamento jurídico previsto no artigo 28 da Lei de Drogas no Brasil.

Nesse contexto, o primeiro capítulo deste artigo aborda conceitos de drogas ilícitas, partindo da análise da doutrina, do entendimento da OMS acerca do tema e até mesmo o conceito descrito na Lei nº 11.343/2006, que demonstra ser o artigo 28

¹ Graduando em Direito, Faculdade Nobre de Feira de Santana (FAN), gabrielsampaiovitorino@gmail.com

² Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), professor_armando@yahoo.com.

³ Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), fabiosnts@ufba.br.

da Lei de Drogas uma norma penal em branco heterogênea, a ser complementada pela ANVISA, órgão este que vai identificar quais são as drogas ilícitas no Brasil.

Ressalta-se na discussão que a classificação complementar pela ANVISA gera insegurança jurídica, pois a simples classificação por tal órgão de qual droga é considerada ilegal acaba ferindo a isonomia, afinal, o álcool e tabaco, a exemplo, são drogas mais lesivas ao ser humano, entretanto, são comercializadas de forma lícita.

Na sequência, explora-se o contexto histórico que levou ao atual cenário de proibição no Brasil, esclarecendo, inclusive com base em literatura que remonta ao ano de 1935, que o uso da *cannabis* sempre foi comum na sociedade colonial e teve sua introdução, neste país, associada ao tráfico de escravos, sendo a substância utilizada em ferramentas nos navios portugueses – cordas de cânhamo, uma espécie de maconha -, e a ingestão pelo homem iniciada pelos escravos.

Ainda na temática do proibicionismo, o segundo capítulo destaca o papel da Igreja Católica na consolidação da proibição como política criminal, sendo tal instituição uma das principais fomentadoras da colonização da América pelos europeus, que contribuiu para o tratamento repressivo positivado quanto ao uso de *cannabis*.

No âmbito internacional, verifica-se que a guerra do ópio, travada entre a China e império britânico, foi um dos primeiros embates que repercutiu na tentativa de controle além das fronteiras nacionais sobre os entorpecentes, sendo o comércio do ópio o motivo central dessa batalha, mercadoria bastante consumida na China e fornecida pela Inglaterra.

Nesse sentido, aborda-se as diretrizes fixadas por convenções internacionais firmadas no pós Segunda Guerra Mundial, especificamente as de 1961, 1971 e 1988, relacionando-as ao mesmo contexto histórico de imposição do modelo proibicionista no Brasil, o qual segue exatamente as orientações impostas por esses tratados internacionais.

No terceiro capítulo, discutem-se os modelos repressivos existentes em relação à usuários de *cannabis*, com análise voltada para o Uruguai, Argentina e México, embora dialogue com outros países não americanos, a fim de demonstrar que o modelo atual de controle de narcóticos vem sendo revisto em todo o globo.

Por fim, o último capítulo do trabalho expõe os argumentos jurídicos possíveis acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, tendo por

premissas os princípios fundamentais de um Estado que se pretenda Democrático de Direito, apontando que essa criminalização fere a liberdade individual do cidadão.

Neste ponto, debruça-se sobre o recurso especial (RE) 635659, que hoje encontra-se suspenso no Supremo Tribunal Federal, porém, já conta com três importantes votos proferidos, os quais são no sentido de dar provimento a tese ventilada pelo réu, no caso concreto, de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 quando a conduta se refira ao porte de *cannabis* para uso próprio.

Conduz, por fim, à conclusão de que a criminalização do porte de *cannabis* para uso próprio além de inadequada socialmente, ofende diretamente a Constituição de 1988.

2 DROGAS ILÍCITAS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Antes de adentrar aos diversos conceitos de drogas que aqui serão apresentados, é relevante expor o que se entende por norma penal em branco, que, sem muitos contornos, consiste na norma que depende de complementação para que alcance sua aplicação integral.

No nosso ordenamento jurídico, a maioria das normas que dispõe sobre condutas penais já trazem uma estrutura completa, com seus respectivos preceitos e sanções, sem necessidade de complementação por outras leis ou normativos infralegais.

Entretanto, nesse mesmo universo de normas existem aquelas cuja definição jurídica é vaga, indeterminada, e necessitam, portanto, de uma complementação; são justamente as conhecidas como normas penais em branco.

Segundo Rogerio Greco (2015), existe a lei penal em branco homogênea, que será complementada a partir de uma norma da mesma espécie legislativa que a editou, e a heterogênea, quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou.

Nesse sentido, é importante conhecer tais classificações, pois, o conceito de drogas decorrente da Lei nº 11.343/2006 - Lei de Drogas, é justamente uma norma penal em branco heterogênea, que será complementada a partir de edição normativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme se extrai da própria redação do art. 1º, parágrafo único do referido diploma legal, que

preconiza ser “substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (2006)

No entanto, quando o ponto de partida para a elaboração de um conceito são os efeitos causados no indivíduo, a discussão se aprofunda e resulta num modelo mais abrangente, o que pode ser visto na noção trazida por Ricardo Antônio Andreucci, para quem a conceituação de drogas ilícitas não está limitada a categoria dos entorpecentes, nem das substâncias que levam a dependência. O referido autor defende que “consideram-se drogas todas as substâncias ou produtos com potencial de causar dependência, com a condição de que estejam relacionadas em dispositivo legal competente”. (2015, p. 215)

Segundo a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, a Organização Mundial de Saúde (OMS) traz uma perspectiva mais orgânica para definição e dispõe que droga é “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento”. (online)

Em todos os casos, constata-se que os conceitos de drogas são bastante amplos, especialmente o da OMS, o que gera reflexos na sociedade, tal como se verifica quando nos deparamos com a longa lista dessas substâncias.

Nesse leque de variedades de drogas, convém ressaltar aquelas classificadas como psicoativas ou psicotrópicas. Para os autores André Malbergier e Ricardo Abrantes do Amaral, no Curso de Capacitação Dependência Química, as drogas psicoativas “são aquelas que atuam sobre o cérebro, modificando o seu funcionamento, podendo provocar alterações no humor, na percepção, comportamento e estados da consciência”. (2013, p. 09).

Particularmente, em relação a proibição de entorpecentes, é essa classificação das drogas psicoativas que é selecionada pelos gestores da política criminal brasileira e também pelo legislador nacional, quando da conformação ordenamento jurídico pátrio. Dentro dessa classificação estão substâncias como o ácido lisérgico (LSD), crack, maconha, cocaína, ecstasy, e diversas outras.

A exposição acerca da lei penal em branco se torna relevante, especialmente porque a doutrina é pacífica no entendimento de que as normas penais em branco homogêneas são constitucionais.

A Lei de Drogas, como dito, é uma norma penal em branco heterogênea, cuja complementação decorre de um ato infra legal, a atual portaria n.º. 344/1998, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que traz a lista de substâncias de uso proibido no Brasil e, em se tratando de norma heterogênea, sua constitucionalidade gera dissenso no meio acadêmico.

Tal normativa traz à tona, ainda, outra classificação muito conhecida, a consistente em drogas lícitas e ilícitas. Diversas são as críticas, porém, quando se tem como objeto de estudo a Lei de Drogas. Daniel Nicory, por exemplo, critica o uso da norma penal em branco e defende que o conceito de “substância que causa dependência”, citado no art. 1º da Lei *retro* mencionada:

[...] não é suficiente para determinar, ainda que de forma genérica, o âmbito da incriminação, porque, se assim o fosse, o álcool e o tabaco não poderiam ter o seu uso permitido no Brasil, muito menos para fins recreativos; além disso, o conceito não é capaz de indicar ao consumidor que alguns opiáceos são lícitos, para fins medicinais e com venda controlada, enquanto todos os derivados da maconha são ilícitos para qualquer fim. (2013, p. 36)

Dessa forma, como foi exposto, existem diversos conceitos e classificações quando o tema é drogas, sendo relevante para o presente estudo, no entanto, a que se traduz em drogas ilícitas, haja vista existir incongruências nos discursos e disparidades nos critérios que fundamentam a proibição de uso de determinada substância.

Ainda, dentre as diversas substâncias atualmente consideradas como droga ilícita, a proibição do uso da *cannabis* e do seu porte para consumo próprio é o objeto de compreensão do presente trabalho, especialmente em razão da latente incongruência que fundamenta sua repressão, tendo como pilar uma suposta lesividade à saúde humana, enquanto substâncias como o álcool e o tabaco, mais letais a saúde humana, são consumidos e comercializados legalmente no Brasil.

3 CANNABIS: AS ORIGENS DO PROIBICIONISMO

A palavra maconha em português decorre de um anagrama da palavra cânhamo. De certa forma, a *cannabis* está em sua intimidade ligada à chegada dos

navios portugueses aqui no Brasil em 1500. Afinal, as velas, bem como os cordames daquelas embarcações eram produzidos a partir da fibra de cânhamo, uma planta que pertence a espécie da *cannabis*.

A partir da documentação oficial brasileira (Ministério das Relações Exteriores, 1959), o uso da maconha iniciou-se no Brasil a partir de 1549, por negros escravos. Vejamos os interessantes relatos a seguir:

Entrou pela mão do vício, Lenitivo das rudezas da servidão, bálsamo da cruciante saudade da terra longínqua onde ficará a liberdade, o negro trouxe consigo, ocultas nos Farrapos que lhe envolviam o corpo de ébano, as sementes que frutificariam e proporcionariam a continuação do vício. (DIAS, 1945, *apud* CARLINI, 2006)

“Provavelmente deve-se aos negros escravos a penetração da diamba no Brasil; prova-o até certo ponto a sua denominação fumo d’Angola” (LUCENA, 1934, *apud* CARLINI, 2006)

Segundo Luciana Rodrigues (2006) a devoção a religião é um dos fatores principais para entender as origens da proibição dos narcóticos nos dias atuais. Afinal, a corrente do protestantismo norte americano, propagada através dos líderes religiosos da época, seus ideais e convicções sobre abstinência, influenciaram diretamente a proibição das drogas, que perduram até os dias atuais.

Assim, vê-se que houve um movimento para proibição, que não surgiu juntamente com o uso e acesso à *cannabis*, mas em razão de prescrições morais iniciadas pela doutrina do cristianismo, como alerta Luciana Rodrigues (2006).

Conforme discorre a autora, durante a colonização do “Novo Mundo” que teve a igreja católica como um de seus fomentadores, foi imposta pela cultura do colonizador sobre a do colonizado a necessidade do banimento das “plantas sagradas”, bem como a afirmação da religião católica como oficial, através das atividades de catequização dos índios. (2006, p. 27)

Ademais, um dos aspectos principais referentes ao assunto da proibição dos entorpecentes, levando-se em conta o controle penal sobre as drogas, tem relação indiscutivelmente com a Guerra do Ópio, embate que ocorreu entre o Império Britânico e China, durante o século XIX.

O ópio é uma das substâncias encontradas na planta papoula, produto que na época era bastante utilizado pela população da China. Esta planta adentrou no

território chinês através do mercado inglês, entretanto, por conta da grande utilização dessa folha pelos chineses, o imperador que governava na época optou por proibir a circulação do referido produto em seu território, o que prejudicou a economia inglesa, a qual, posteriormente, declarou guerra à China.

Não iremos aqui nos deter nos eventos que culminaram na Guerra do Ópio, apenas sendo relevante para discussão apontar que esta foi uma das primeiras experiências relevantes para uma discussão sobre controle de substâncias que ultrapassou as barreiras nacionais dos países, repercutindo, inclusive, na elaboração de tratados internacionais sobre a circulação desses produtos e servindo de base para o desenrolar do processo legislativo envolvendo os entorpecentes em vários países, Luciana Rodrigues (2006)

Voltando para legislação nacional, aponta Salo de Carvalho (2007) que foi na década de 40 que teve início o modelo proibicionista de criminalização do consumo de drogas, sistematizado na política que até hoje resiste.

Quanto ao uso pessoal de *cannabis*, entende-se que a primeira forma de repressão ao usuário no Brasil ocorreu em 1830, através do poder legislativo do Rio de Janeiro. Tais medidas previam multa de 20.000 (vinte mil) réis e detenção de até 72 (setenta e duas) horas para os usuários pegos com maconha.

No âmbito do modelo internacional de proibição, Luciana Rodrigues (2006, p. 39) argumenta que, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, em decorrência do fim da 2ª Guerra Mundial, foram elaboradas três convenções que pautavam de forma sistematizada o controle internacional das drogas. Sendo assim, essas convenções acabaram que serviram e servem até hoje como norte no assunto de drogas em âmbito internacional.

Segundo informações contidas no Escritório sobre Drogas e Crimes da Organização das Nações Unidas (online), as três convenções se complementam. Elas são datadas de 1961, 1971 e 1988. As duas primeiras convenções têm como ponto chave a sistematização de medidas de controle internacional, que visam tornar segura a disponibilidade de drogas na medicina e ciência, criando assim barreiras para o comércio ilícito.

Conforme explica Daniel Nicory (2013), a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, é a primeira e a mais importante desses três tratados. O decreto legislativo nº 5, de 1964, ratificou a referida convenção aqui no Brasil, sendo posteriormente promulgada pelo Decreto nº 54.216.

A convenção de 1961, nas palavras de Salo de Carvalho (2007, p. 15), é reflexo da transnacionalização da fiscalização das drogas, em um contexto no qual a utilização dessas substâncias vinha ganhando bastante espaço, influenciando o “pânico moral” que daria início a produção do legislativo em matéria penal, no consumo de drogas.

A autora Luciana Rodrigues também corrobora com esse entendimento de que a convenção de 1961 foi de suma importância no âmbito de fiscalização internacional para restringir a comercialização de drogas. Ainda sobre a convenção:

[...] instituiu um amplo sistema internacional de controle e atribuiu a responsabilidade aos estados-parte de incorporação das medidas ali previstas em suas legislações nacionais, além de ter reforçado o controle sobre a produção, distribuição e comércio de drogas nos países nacionais, e proibido expressamente o fumo e a ingestão de ópio, assim como o simples mastigamento da folha de coca e o uso não médico da cannabis. (2006, p.39)

A ilustre autora (2006) sustenta que a mencionada convenção influenciou fortemente a legitimação para os ataques repressivos impostos pelos Estados Unidos, como operadores do controle policial de entorpecentes.

Na sequência, entrou em vigor outro tratado internacional referente à temática das drogas, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, que teve sua ratificação no Brasil através do decreto legislativo nº 90, de 05 de dezembro de 1972.

Nas palavras de Luciana Rodrigues, as drogas psicotrópicas foram adicionadas no rol de substâncias proibidas a partir da Convenção de 1971. Vejamos o que diz a autora:

Até então apenas as drogas narcóticas relacionadas com o ópio, além da cannabis e da cocaína, estavam sujeitas a controle internacional, muito embora outras substâncias, como os estimulantes, anfetaminas e LSD, até então fora do controle, tivessem também efeitos psicoativos. (2006 p. 40)

Nesse sentido, analisando os documentos do Escritório sobre Drogas e Crimes da Organização das Nações Unidas (online) é possível concluir que a convenção de 1971 deu início ao formato de supervisão sobre diversas drogas

sintéticas, *ipsis litteris*, “criou ainda formas de controle sobre diversas drogas sintéticas de acordo, por um lado, a seu potencial de criar dependência, e por outro lado, a poder terapêutico”.

Foi a partir do ano de 1976, segundo Luciana Rodrigues (2006), que a Convenção de 1971 entrou em vigor, submetendo ao controle internacional as novas substâncias acima referidas, bem como os sedativos-hipnóticos e os tranquilizantes.

Para Daniel Nicory, uma das principais previsões tratadas na Convenção de 1971 foi que “se o delito for praticado por um dependente de drogas, as partes podem adotar, como alternativa à pena, ou como seu complemento, medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social”. (2013, p. 21)

Foi em 1988, através da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, que as medidas impostas pelas convenções internacionais, inspiradas pela política de “guerra as drogas”, intensificaram o modelo repressivo legislativo em âmbito internacional, medidas essas ratificadas internamente em cada nação, conforme aponta Maria Lucia Karam (2016).

Para Miguel Reale Junior (2005, p. 4), a Convenção de Viena de 1988 elevou à categoria máxima o controle internacional sobre os entorpecentes, consagrando o “war on drugs”, como objeto de repressão do consumo e distribuição das drogas ilícitas. Afirma o ilustre doutrinador que o aumento repressivo se deu por falha das convenções anteriores que não teriam alcançado seus objetivos.

Nesse sentido, ainda sobre a Convenção de 1988, foi após a sua ratificação pelos Estados partes que o nacional usuário de drogas ditas ilícitas sofreu maior repressão pois, a partir dela, as condutas de portar, adquirir e cultivar drogas para o uso pessoal se tornou passível de criminalização, embora ressalvadas as previsões dos ordenamentos jurídicos e constitucionais de cada Estado.

Luciana Rodrigues (2006) aponta que o combate às organizações de traficantes teve seu modelo repressivo bastante fortificado na Convenção de 1988, que ampliou e também facilitou as hipóteses de cooperação internacional, confisco dos bens dos traficantes, extradição, dentre outras medidas cerceadoras.

O Decreto n.º 154 de 26 de junho de 1991 foi o instrumento pelo qual se deu a aprovação da Convenção de Viena de 1988, que ganhou força diante dos discursos dos chefes de estado em sua defesa.

O contexto histórico levantado permite inferir, portanto, que o reforço da política proibicionista e de guerra às drogas, tanto em âmbito nacional quanto no internacional, influenciou e influencia até hoje no tratamento que é dispensado aos usuários de *cannabis*.

4 ESTADOS ESTRANGEIROS E O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO À CANNABIS

A questão da posse de drogas para uso pessoal tem sido revisada em vários ordenamentos jurídicos internacionais, reformas estas pautadas principalmente nos princípios da liberdade individual, da reserva legal, dentre outros.

Essas mudanças de paradigmas tiveram destaque, por exemplo, na legislação Argentina, no caso Arriola e outros. Na referida decisão, constante da Causa 9.080, a Corte Constitucional argentina (Suprema Corte de Justiça da Nação), em 25 de agosto de 2009, proveu um recurso extraordinário que teve como fundamento a inconstitucionalidade do art. 14, § 2º, da Lei n. 23.737/1989, que reprimia a posse de drogas para uso próprio. Em sua defesa, o réu alegou que a lei aventada não respeitava o princípio de reserva, encontrado no art. 19 da Constituição argentina.

Ainda, no ordenamento jurídico uruguaio, a produção, comércio e uso pessoal da maconha foram objetos de revisão da Lei nº 19.172 de 2003, sancionada pelo então presidente José Mujica. O referido diploma legal teve como objetivo reduzir o poder dos traficantes, bem como retirar da pauta criminal a questão do consumo para uso próprio, e sim alçá-la a questão de saúde pública. (2018, online)

Por conta desta lei, tornou-se possível adquirir *cannabis* no Uruguai se a pessoa for membro de um clube com registro legal, cultivando a planta no próprio domicílio e, por fim, adquirindo o produto em farmácias. Entretanto, é importante destacar que, com a referida regulamentação, o Estado não perdeu o poder de controle e regulamentação sobre o uso dessa substância.

Outra questão bastante curiosa envolvendo a regulamentação da *cannabis* no Uruguai diz respeito à vedação de publicidade desses produtos. Não se admite qualquer propaganda que estimule o uso da substância. Ainda, a punição continua válida para as pessoas que não estão legalmente aptas a produzir, vender ou usar a maconha.

Ainda sobre o processo de descriminalização da *cannabis* nas Américas, podemos citar o ordenamento jurídico mexicano, que através da sua Suprema Corte declarou inconstitucional criminalizar o usuário que faz uso recreativo de maconha, que agora pode portar até 28 gramas dessa planta. O julgamento foi concluído com oito votos favoráveis à descriminalização e somente 3 a favor da criminalização.

Segundo Gilmar Mendes, no seu voto proferido no julgamento recurso extraordinário (RE) 635659, na Alemanha é pacífico o entendimento de que o usuário que é pego com pequena quantidade de maconha não deve ser criminalizado, levando em consideração o princípio da insignificância e da proporção. Esse entendimento deriva da lei alemã sobre narcóticos (“Betäubungsmittelgesetz”), que também autoriza o Ministério Público alemão a não oferecer denúncia quando se trata de posse de pequenas quantidades de drogas. (2015).

Nesse sentido, vale destacar que o fato de descriminalizar o porte pessoal da maconha para consumo próprio, não significa que as pessoas devem se entorpecer de forma irrestrita. É papel do Estado estar lado a lado com o sujeito de direitos, não criminalizando os usuários, mas viabilizando condições, ainda que restringidas administrativamente, para o uso da substância, regulamentando, por exemplo, a ingestão de maconha em lugares públicos, impondo limites às quantidades que se pode portar, como forma alternativa aos meios disposto no direito penal.

É destaque também, o ordenamento jurídico espanhol, que tem como medidas alternativas a aplicação de sanções administrativas como multas de até 30 mil euros e suspensão da carteira de motorista.

Por fim, a partir dos dados coletados da revista Exame, verifica-se que Portugal também inovou seu modelo de controle das drogas e abandonou a visão punitivista do usuário de drogas pelo direito penal, pois, em 2011, descriminalizou o uso de todas as substâncias entorpecentes, subsistindo o modelo de repressão, por medidas administrativas de prevenção. Nesse sentido destaca a matéria que houve uma pequena redução no número de usuários desde o novo modelo de controle de drogas implantado, vejamos:

Um dos países que registrou redução no número de usuários de drogas após a descriminalização, ocorrida há 14 anos, é Portugal. Coordenador nacional de luta contra a droga naquele país, João Goulão, explicou que

isso ocorreu por vários fatores, principalmente porque passou-se a falar mais sobre as drogas e suas consequências. (2015, online)

Verifica-se, portanto, que a tendência internacional é de inserir o debate relacionado ao uso da *cannabis* fora do âmbito do direito penal, que deve ser a última *ratio*.

5 DA INADEQUAÇÃO SOCIAL E CONSTITUCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE/USO DE CANNABIS

Agora, sabendo-se que o intuito do presente artigo é demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, será feita uma análise à luz dos princípios constitucionais vigentes que fomentam o direito penal, apontando que não existe proporcionalidade na criminalização do uso pessoal de *cannabis*.

O artigo 28 da lei 11.343/2006 define como crime a conduta de “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 à programa ou curso educativo” (2006).

O referido dispositivo, em seu parágrafo primeiro, aponta que se enquadram nas mesmas medidas “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”.

Nesse contexto, vale explicar que ocorreu a despenalização da conduta de uso pessoal de drogas, descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006, entretanto, isso não significa que esses atos deixaram de ser considerados crime. Isso porque a despenalização é unicamente a retirada, no preceito secundário do tipo penal, da previsão de pena de reclusão, o que, no entanto, não impede o juiz de condenar o usuário nas medidas descritas anteriormente, quais sejam “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo”.

Sendo assim, as condutas correspondentes aos verbos descritos no art. 28 da referida lei também são criminalizados no art. 33 da Lei 11.343/2006, entretanto, a

diferença de um dispositivo para o outro é unicamente a finalidade da ação, que no caso do artigo 28, dispõe no final do tipo legal a necessidade de que seja “para uso pessoal”.

Nesse contexto, primeiro devemos situar a discussão no Brasil, Estado que se pretende Democrático de Direito e que tem em sua norma fundamental, a Carta Magna de 1988, um extenso e relevante rol de direitos fundamentais, localizados não apenas em seu art. 5º, mas que irradia por toda a constituição, constando, ainda, em convenções e tratados internacionais aqui ratificados.

Com efeito, fazer uma análise da criminalização do porte para consumo próprio, prevista no referido artigo 28 da Lei de Drogas, sob a luz dos direitos fundamentais do cidadão leva, sem quaisquer desvios possível, à conclusão de sua inconstitucionalidade, afinal, não é possível viver em sociedade tendo a sua liberdade individual e intimidade, direitos esses fundamentais, ameaçados por um Estado que não admite que o assunto em questão está relacionado à saúde pública e acaba usando o direito penal, instituto de *ultima ratio*, para criminalizar os usuários.

Para Andressa Barboza Felix (2013), o princípio da liberdade individual, é tido como direito fundamental e a partir desse princípio é possível constatar que o indivíduo tem liberdade e autonomia para fazer o que quiser, principalmente com o seu corpo, somente sendo limitada esta liberdade pelos direitos de terceiros, que não devem ser atingidos pelo seu exercício.

Ainda, a criminalização do porte para consumo próprio também ofende um dos princípios base do direito penal, a lesividade. Para explicar essa relação, Luís Greco (2010) aponta que para alguma conduta ser recriminada pelo poder penal, é necessário existir lesão a bem jurídico de terceiros.

Assim, existe a necessidade de que uma conduta não fira apenas o âmbito pessoal do autor, como na tentativa de suicídio. Não existe dúvidas de que uma pessoa, ao tentar tirar sua própria vida, está fazendo algum mal ao seu corpo, entretanto, por essa conduta ser lesiva apenas a vida privada do autor, nosso ordenamento penal não a trata como crime.

A partir dessa análise, fica claro que a criminalização imposta pelo artigo da Lei de Drogas é inconstitucional, afinal, o indivíduo que faz uso de maconha, em seu âmbito particular, não está causando nenhum tipo de lesão a bem jurídicos de terceiros.

Diante de tais afirmações, explica Daniel Nicory:

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua 'Introdução aos princípios da moral e da legislação', que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, leves censuras a comportamentos evidentemente auto lesivos.

Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (art. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais) e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constitui crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP).

Quando muito, a conduta potencialmente auto lesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), prevista em infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito. (2012, online)

Dando seguimento, é possível observar que o artigo objeto da discussão não respeita o princípio constitucional da isonomia, pois, no Brasil, o comércio de álcool e tabaco é totalmente legal.

Nesse sentido, é de conhecimento público que o uso dessas drogas é mais lesivo ao ser humano do que a maconha, o que é corroborado pela pesquisa *Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach*, publicada na revista Scientific Reports, no ano de 2015.

Relevante informar que a discussão sobre a inconstitucionalidade do referido artigo 28 da Lei de Drogas quanto ao porte para uso próprio de *cannabis* já chegou

ao STF, por meio do recurso extraordinário (RE) 635659, apresentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

O julgamento do referido recurso encontra-se hoje suspenso, mas já existe três votos favoráveis a respeito da tese que qualifica como inconstitucional a criminalização do usuário de maconha. Já se pronunciaram sobre o caso os ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

Em seu voto, o relator Gilmar Mendes (2015), acentua que é desproporcional a medida criminalizadora da conduta de portar *cannabis* para uso próprio. Para o ministro, essa criminalização serve como forma de estigmatizar o usuário, comprometendo assim medidas de prevenção e redução de danos. Vejamos um trecho relevante do seu voto:

Apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas, em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e prevenção de riscos.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a criminalização do uso de *cannabis* não respeita o princípio da proporcionalidade; o ministro ainda motiva seu voto indagando sobre a razão que torna mais perigoso “fumar um baseado” do que se entorpecer de whisky até dormir. (2015)

Nesse sentido, Barroso é claro ao explicar que o objeto tratado no recurso sob apreciação não diz respeito à legalização da maconha, que continuará tendo seu uso ilícito, assim como das outras drogas descritas no rol da ANVISA como proibidas. Entretanto, propõe o ministro, que o problema em questão não seja tratado aos olhos do direito penal, e sim por sanções administrativas.

Em sua motivação, Barroso aponta que uma das razões para acabar com a criminalização da conduta de portar para consumo próprio a maconha, exsurge do contexto atual, na medida em que a política de drogas hoje vigente não se mostra eficiente ou adequada, pois, sendo o objetivo principal da criminalização reduzir o consumo de drogas na sociedade e, entretanto, não tendo o modelo proibicionista, imposto há mais de 100 anos surtido efeitos neste sentido, verifica-se que o uso de

drogas na sociedade só aumentou, e com isso o crime organizado ganhou ainda mais poder.

Para reforçar seu argumento, o ministro usa como exemplo o comércio e utilização do tabaco, que teve uma queda bastante acentuada em seu consumo, segundo destaca os dados do IBCCRIM. O referido instituto afirma que em 1984 o número de adultos que fumava tabaco era de 35 (trinta e cinco) por cento, já em 2013 a porcentagem diminuiu 20 (vinte) pontos, queda que se atribui, principalmente, às campanhas administrativas alternativas de prevenção, que informam e advertem os usuários sobre os malefícios da ingestão dessa droga.

A segunda questão levantada por Barroso que implica no seu entendimento sobre inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas diz respeito ao aumento exponencial de pessoas presas hoje no Brasil. O ministro explica que desde a promulgação da vigente Lei de Drogas aqui no Brasil ocorreu um aumento de 18 (dezoito) por cento de prisões relacionadas à entorpecentes. Segue afirmando que a cada duas mulheres que são encarceradas, quando se investiga o tipo penal que praticaram, se descobre que uma das prisões está relacionada ao tráfico de drogas, ao passo que a cada quatro homens que são encarcerados, um vai ter sua prisão decretada por conta desse delito.

Conforme exposto, a criminalização do porte de *cannabis* para uso próprio além de inadequada socialmente, ofende diretamente a Constituição de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo central refletir acerca da inadequação da criminalização do porte de *cannabis* para uso próprio, tipificado no artigo 28 da Lei de Drogas, fazendo assim, uma análise desta temática tendo como base a Constituição de 1988.

Nesse sentido, foram postas as origens do proibicionismo, atestando que o uso dessa planta sempre esteve presente nas sociedades antigas e que criminalizar esta conduta acaba contribuindo para o problema do superencarceramento no Brasil.

Também foi levantado o tratamento dado ao tema por outros ordenamentos jurídicos, a nível internacional, o que permitiu concluir que há uma tendência de revisar a questão da proibição do porte de *cannabis* para uso próprio, afinal, essa

política de repressão do usuário se mostra ineficaz em todo globo, pois, a criminalização, que tem como objetivo principal acabar com o consumo dessas substâncias, mesmo com esse modelo de repressão vigorando há mais de 100 anos, não surtiu o efeito esperado, e o consumo de *cannabis*, bem como de outras drogas, não teve qualquer redução nos países que criminalizam o porte para uso próprio dessa substância

Diante disso, o artigo 28 da Lei de Drogas, quanto ao porte para uso próprio de *cannabis*, apenas contribui para o aumento do punitivismo e autoritarismo do Estado, que não consegue distinguir o usuário do traficante, pois, os critérios usados para esta diferenciação são imprecisos.

Ainda, a partir deste trabalho, conclui-se que o argumento utilizado para criminalizar os usuários que portam a maconha para uso pessoal, seria o de proteção ao bem jurídico da saúde pública, entretanto, o uso da *cannabis* apenas diz respeito ao âmbito pessoal do consumidor e não atinge a coletividade, dessa forma, para os que defendem a criminalização afirmando que se trata de um crime abstrato, lesivo a saúde pública, estão equivocados.

Constata-se que as diretrizes normativas das convenções internacionais são as principais norteadoras das políticas criminais impostas no mundo, principalmente no Brasil. Atesta-se também que o discurso da Igreja católica de abstinência e demonização das plantas usadas em rituais religiosos foi fundamental na política de controle de drogas nas nações, diante disso, existe a necessidade real de excluir os discursos morais e religiosos que se misturam aos ramos do direito, especialmente, do direito o penal.

Assim, para finalizar a discussão, analisa-se o que foi exposto nos votos dos ministros de STF no recuso extraordinário de nº 635669, propondo-se uma análise da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, concluindo que o tratamento penal dado ao usuário de *cannabis* hoje no Brasil não alcança ou responde os anseios da sociedade e desrespeitam princípios fundamentais da Constituição bem como os princípios do direito penal.

Posto isso, existe grande expectativa para que o recurso extraordinário de nº 635669 seja julgado imediatamente, afinal, a tese de defesa do réu, de inconstitucionalidade da criminalização do porte para uso próprio de *cannabis*, possui três votos a seu favor, assim, a população brasileira necessita de uma resposta imediata a esse impasse, que faz o número de encarcerados aumentar de

forma exponencial no Brasil, quando este embate poderia ser resolvido apenas por restrições administrativas de controle, prevenção e educação sobre o uso de *cannabis*, como ocorreu com o tabaco.

Finalmente, é legítimo compreender que a lógica adotada nos três votos já lançados no julgamento em referência – todos no sentido de não criminalização da conduta daquele que porta maconha para consumo pessoal - atendem o interesse social, por desvelar uma nítida compatibilidade com o texto constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Portaria nº 344** de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em: 10 jun 2022.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto em sede do RE 635.659-SP do Ministro Edson Fachin**. Brasília, DF, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto em sede do RE 635.659-SP do Ministro Luís Roberto Barroso**. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto em sede do RE 635.659-SP do Ministro Relator Gilmar Mendes**. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2022

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. São Paulo: CEBRID, 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 10 jun 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COLOMBO, Sylvia. **Uruguai tem queda nos crimes do narcotráfico após lei da maconha**. 2018 Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/01/1949895-uruguai-tem-queda-nos-crimes-do-narcotrafico-apos-lei-da-maconha.shtml>>. Acesso em: 10 jun 2022.

CRISPIM, Camila da Cunha. **AS POLÍTICAS RELACIONADAS À LEGALIZAÇÃO DA MACONHA: VISÃO JURÍDICA**. Disponível em:

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/as-politicas-relacionadas-a-legalizacao-da-maconha-visao-juridica.htm#indice_8>. Acesso em: 10 jun 2022.

DESCRIMINALIZAÇÃO reduziu consumo de drogas em Portugal. **Exame**, 2015. Disponível em: <<https://exame.com/mundo/descriminalizacao-reduziu-consumo-de-drogas-em-portugal/>>. Acesso em: 10 jun 2022.

ESCRITÓRIO SOBRE DROGAS E CRIMES DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Drogas: marco legal**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 10 jun 2022.

FÉLIX, Andressa Barboza. A (in)constitucionalidade da criminalização das drogas. Jus.com.br, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23980/a-in-constitucionalidade-da-criminalizacao-das-drogas>>. Acesso em: 10 jun 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Corte argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal**. Migalhas, 2009. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/92630/corte-argentina-descriminaliza-a-posse-de-droga-para-uso-pessoal>>. Acesso em: 10 jun 2022.

GRECO, Luís. **Posse de droga, privacidade, autonomia**: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 18, n. 87, nov-dez. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas**: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 2016. Disponível em:

<http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185>. Acesso em: 10 jun 2022.

LACHENMEIER, Dirk; REHM, Jürgen, Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach, **Scientific Reports**, 2015 Jan 30;5:8126. doi: 10.1038/srep08126. PMID: 25634572; PMCID: PMC4311234. Disponível em:<<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4311234/>>. Acesso em: 10 jun 2022.

MALBERGIER, André; AMARAL, Ricardo Abrantes. **Conceitos básicos sobre o uso abusivo e dependência de drogas**. São Luís, 2013. Disponível em: <<https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/2046/3/Mod%2003%20UNIDADE%2001.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2022.

O QUE SÃO DROGAS. Institucional: Secretaria da Educação do Estado da Bahia. Disponível em: <<http://institucional.educacao.ba.gov.br/o-que-sao-drogas>>. Acesso em: 10 jun 2022.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Jus Podivm, 2013.
Ministério das Relações Exteriores - Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. Cannabis brasileira (pequenas anotações) - Publicação n°1. Rio de Janeiro: Eds. Batista de Souza & Cia., 1959.

PRADO, Daniel Nicory do. De drogas e democracias. **IBCCRIM**. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4741-De-drogas-e-democracias>. Acesso em: 10 jun 2022.

REALE JUNIOR, Miguel. **Funções manifestas e latentes da política de war on drugs**. Publicado no livro Drogas: aspectos penais e criminológicos, 2005.

RODRIGUES, Luciana Boiteux De Figueiredo. **Controle Penal Sobre As Drogas Ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese. Orientador: Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira. (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006.