

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MATHEUS CUSTÓDIO GALLORO

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CULTIVO DA MACONHA PARA USO
PRÓPRIO**

SÃO PAULO

2019

MATHEUS CUSTÓDIO GALLORO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CULTIVO DA MACONHA PARA USO
PRÓPRIO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Rodrigo Felberg

SÃO PAULO

2019

GALLORO, Matheus Custódio. *Análise constitucional e legal do uso da maconha para uso próprio*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, 2019.

G146a Galloro, Matheus Custodio
Análise constitucional e legal do cultivo da maconha para uso
próprio / Matheus Custodio Galloro; orientador Rodrigo Felberg. --
São Paulo, 2019.
50 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Direito)
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

1. POSSE DE DROGAS. 2. DESCRIMINALIZAÇÃO. I. Felberg,
Rodrigo, orient. II. Título

MATHEUS CUTÓDIO GALLORO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CULTIVO DA MACONHA PARA USO
PRÓPRIO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial à obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rodrigo Felberg

Universidade Presbiteriana Mackenzie

1º Membro da Banca

Universidade Presbiteriana Mackenzie

2º Membro da Banca

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Este trabalho é dedicado às pessoas mais importantes da minha vida, com quem compartilho minhas vitórias e derrotas. À minha família. Assim como para todos que me auxiliaram e apoiaram em sua realização.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais e meus avós, por sempre me apoiarem neste período de estudo e estágios.

À toda minha família e a minha namorada, que sempre acreditaram em mim.

Ao ambiente e às amizades que a faculdade me proporcionou, parte integrante da minha formação como pessoa.

Ao meu orientador Dr. Rodrigo Felberg, que me orientou de maneira exemplar no pouco tempo que lhe coube.

A todos que, de qualquer forma, fizeram parte da minha formação, obrigado.

*“O insucesso é apenas uma oportunidade
para recomeçar com mais inteligência.”*

Henry Ford

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise constitucional e legal do cultivo da maconha para fins de uso próprio. No presente trabalho será abordado os prós e contras da legalização, dando exemplos de outros países em que a droga foi legalizada. Debaterei acerca da questão carcerária, da questão da escolaridade das pessoas que foram presas, por portar ou por traficar a droga. Inclusive demonstrando com gráficos a porcentagem de pessoas que foram presas traficando contra as pessoas que foram presas portando a droga para consumo.

Analisarei como está sendo tratado nos dias de hoje o tema da legalização, assim como as pendências que existem no STF sobre o tema em questão.

Palavras chave: Posse de drogas. Descriminalização.

ABSTRACT

The present work aims at the constitutional and legal analysis of the cultivation of marijuana for its own use. In this paper we will address the pros and cons of legalization, giving examples from other countries where the drug has been legalized. I will discuss the prison question, the question of the schooling of people who have been arrested, porting or trafficking drugs. Including graphing the percentage of people who were arrested trafficking people who were arrested holding the drug for consumption.

I will analyze how the issue of legalization is being treated today, as well as the pending issues that exist in the STF on the subject in question.

Keywords: Possession of drugs. Decriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A CANNABIS SATIVA E AS LEIS E CONVENÇÕES SOBRE A DROGA	13
1.1 A POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NA LEI Nº 6.378/76.....	13
1.2 A POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NA LEI Nº 11.343/06.....	15
1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO STF SOBRE O TEMA	20
2 PAÍSES ONDE O PORTE DE MACONHA PARA USO PESSOAL NÃO É CRIME	21
2.1 COMPARAÇÃO COM O BRASIL	22
3 PROJETO DE LEI Nº 10549/2108	25
4 ARGUMENTOS A FAVOR DA LEGALIZAÇÃO	27
5 ARGUMENTOS CONTRA A LEGALIZAÇÃO	28
6 O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL E A QUESTÃO CARCERÁRIA.....	30
7 A LEGALIZAÇÃO ACABARIA COM O TRÁFICO?	32
8 CONCLUSÃO.....	34
LISTA DE REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo uma análise preliminar sobre a criminalização do cultivo da cannabis sativa para uso próprio. Tratando em primeiro momento das leis e convenções que regulamentam a proibição do cultivo, assim como das leis que dizem a respeito da posse da droga para o uso pessoal.

Passando-se adiante, dá-se início o debate do que a legislação vigente tem a dizer sobre o tema.

Superado este assunto, debate-se os princípios constitucionais do Supremo Tribunal Federal à cerca do tema e os países onde o cultivo para uso próprio é legalizado, debatendo os prós e contras da legalização e os comparando com o Brasil.

Após isso, debate-se acerca da questão carcerária, demonstrando o alto crescimento da população carcerária, com a nova lei de drogas.

O objetivo do trabalho consiste na tentativa de passar ao operador do direito e ao leitor, a importância da análise deste tema que está sendo bastante debatido atualmente.

1 A CANNABIS SATIVA E AS LEIS E CONVENÇÕES SOBRE A DROGA

A *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, provém da planta do cânhamo, e a parte que contém a droga encontra-se principalmente nas folhas. A maconha é uma das plantas mais antigas a serem cultivadas pelos seres humanos, e atualmente é a droga mais consumida em todo o planeta.

De acordo com o INPAD (Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e Outras Drogas), No Brasil 7% da população adulta já experimentou maconha na vida, representando 8 milhões de pessoas. Para avaliar uso frequente consideramos o uso no último ano, e neste quesito se enquadram 3% da população adulta, que equivale a mais de 3 milhões de pessoas.

Quanto ao uso na adolescência, o estudo mostra que quase 600 mil adolescentes (4% da população) já usou maconha pelo menos uma vez na vida, enquanto a taxa de uso no último ano foi idêntica a dos adultos (3% equivalente a mais de 470 mil adolescentes).

Cabe salientar que mais da metade dos usuários, tanto adultos quanto adolescentes consomem maconha diariamente (1.5 milhões de pessoas).¹

Os primeiros documentos de que se tem conhecimento proibindo o uso da maconha, no Brasil, foram posturas das Câmaras Municipais do Rio de Janeiro (1830), Santos (1870) e Campinas (1876), penalizando a venda e o uso do “pito do pango” sem, no entanto, obterem quaisquer repercussões significativas. Somente no início do século XX, que o hábito ganhou maior repercussão entre os habitantes das zonas urbanas. Somente em 1971 e 1976, durante a vigência da Ditadura Militar, as legislações sobre drogas vieram a sofrer novas alterações, com a aprovação da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Que com o passar dos anos levariam a criação da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, mais conhecida como a “Lei de Drogas”.

1.1 A POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NA LEI Nº 6.378/76

¹ Conforme pesquisa realizada pelo Instituto em 2012.

Na revogada Lei de Drogas, a conduta típica do usuário estava prevista no artigo 16.² Dotado de três núcleos, o tipo penal buscava punir os agentes que adquirissem, guardassem ou trouxessem consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes que determinassem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Como reprimenda, era aplicada pena de detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. Isto é, o usuário podia ter sua liberdade restringida quando praticasse a conduta típica. Nota-se que o tipo penal inseria tudo que circundava a conduta do usuário no caput do dispositivo. A pena aplicada (restritiva de liberdade), de seu turno, seguia em conformidade com a realidade de todos os outros crimes do ordenamento jurídico da época. Já o elemento subjetivo do tipo penal consubstanciava-se no dolo de praticar algum dos verbos nucleares do próprio tipo. Nas palavras de Júlio Fabrini Mirabete, dolo é: [...] *a vontade dirigida à realização do tipo penal. Assim, pode-se definir o dolo como a consciência e a vontade na realização da conduta típica, ou a vontade da ação orientada para a realização do tipo.*³

Mais do que isso, era necessária a vontade específica do agente em obter a droga para uso próprio, posto que, sem a presença deste elemento específico trazido pelo texto do tipo penal, outro delito se configuraria (tráfico) ou o fato seria atípico. Fala-se na configuração de outro delito porque o crime de tráfico em muito se aparelha ao tipo penal da posse de drogas, e exige, igualmente, dolo específico para sua configuração. Contudo, o dolo do tráfico consiste no ânimo de comercializar a droga, e não de mero uso. Assim, na hipótese de o agente praticar algum dos verbos dispositivo, com a finalidade de repassar o narcótico a terceira pessoa, seja de forma onerosa ou não, não seria caso de enquadramento na posse, mas sim no intitulado tráfico ilícito de entorpecentes, que era tipificado no artigo 12 da Lei 6.368/76. Afigura-se, ainda, que se tratava de crime de perigo abstrato. Isto é, o tipo penal não exigia a efetiva produção de um dano, consumando-se apenas com a prática de uma das condutas típicas – adquirir, guardar, trazer consigo –, posto que a prática dessas condutas já se fazia suficiente para presumir a produção de perigo ou lesão a bem jurídico tutelado pelo Estado. Sobre o tema: Nos crimes de perigo, o delito consuma-

² 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 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

³ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 1. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 127.

se com o simples perigo criado para o bem jurídico. O perigo pode ser individual, quando expõe ao risco o interesse de uma só ou de um número determinado de pessoas (arts. 130, 132 etc.), ou coletivo (comum), quando ficam expostos ao risco os interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas, tais como nos crimes de perigo comum (arts. 250, 251, 254 etc.). Às vezes a lei exige o perigo concreto, que deve ser comprovado (arts. 130, 134 etc.); outras vezes refere-se ao perigo abstrato, presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso (arts. 135, 253 etc.)⁴. Com efeito, cabe destacar que o artigo 16 era considerado norma penal em branco, já que seu texto “vago” não dispunha a qualidade das substâncias entorpecentes que seriam consideradas ilícitas. A complementação da norma cabia ao Poder Executivo, que estabelecia o rol de substâncias entorpecentes. Note que esta integralização é positiva, ainda mais em uma legislação de postura repressiva, visto que há maleabilidade para taxação ágil de determinada substância como ilícita.

1.2 A POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NA LEI Nº 11.343/06

Já na Lei 11.343/06, o crime de posse de drogas para uso pessoal encontra-se previsto no artigo 28. Para facilitar o exame do dispositivo, copia-se sua redação original, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
 I - advertência sobre os efeitos das drogas;
 II - prestação de serviços à comunidade;
 III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se 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. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida

⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 1. 31º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 119-120.

em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal;
II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

De acordo com o caput deste dispositivo, pratica o delito aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. No caput já se fazem presentes as primeiras diferenças da lei revogada. Observa-se que a nova lei inseriu dois núcleos no tipo penal, ausentes na Lei 6.378/76, quais sejam os verbos “transportar” e “trazer consigo”, implicando em novatio legis incriminadora; bem como que a expressão “uso próprio”, da lei revogada, foi substituída pela locução “consumo pessoal”. Igualmente, a expressão “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” foi substituída pela palavra “drogas”, terminologia utilizada pela Organização Mundial da Saúde. A expressão da lei revogada poderia causar a confusão de serem consideradas ilegais quaisquer substâncias que provocassem dependência, problema este que foi superado com o uso da terminologia “drogas”. Esta alteração de vocábulo, por mais simples que possa parecer, reforçou a competência do Poder Executivo em listar as substâncias proibidas, e o fato do dispositivo continuar sendo contemplado como norma penal em branco. Mais adiante, o parágrafo primeiro do artigo 28, impõe as mesmas penas a quem, para consumo pessoal, semeie, cultive ou colha plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Em ambos os casos (caput e parágrafo), o elemento subjetivo do tipo é o dolo específico de praticar algum dos verbos nucleares do tipo penal com intuito de consumo pessoal da droga. Portanto, não houve mudança no que já se entendia da lei anterior quanto à necessidade do dolo específico de uso pessoal para sua configuração. Note-se que este dolo específico é tão importante que o próprio dispositivo legal, em seu parágrafo segundo, inovou e trouxe alguns requisitos que auxiliam na determinação da finalidade da droga (consumo ou venda).

Assim, o Juiz deve atentar-se à quantidade e natureza das substâncias apreendidas, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Nesse sentido, verifique-se o teor do trecho do acórdão proferido no julgamento da Apelação nº 0001601-07.2016.8.26.0220, que pela quantidade de entorpecentes e condições da ação delituosa, desclassificou a conduta do réu de tráfico (dolo de venda) para posse de drogas para uso pessoal (dolo de uso):

A prova é frágil, contudo, a indicar, ainda que admitido fosse que estivesse Emerson na posse das 08 porções perfazendo 4,1g de cocaína e 11 pedras totalizando 1,8g de crack, que tais entorpecentes seriam por ele destinados ao consumo de terceiros. O debate, diante desse contexto, diz respeito à exata classificação do delito, ou seja, quanto ao propósito mercantil, que é o elemento subjetivo caracterizador do crime de tráfico. O crime de tráfico, como sabido, pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, natureza da substância e também, como não poderia deixar de ser, pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontado sua ocorrência por outros meios de prova. [...] A apreensão de entorpecente e dinheiro (R\$205,00) na posse do recorrente, por si só, não indica que aquela droga seria por ele destinada ao tráfico. [...] Não foi apreendido material outro próprio da traficância, tais como anotações 18 pertinentes à contabilidade do tráfico ou balança de precisão. A abordagem e prisão se deu tão logo o réu avistou a viatura e empreendeu fuga, de modo que os policiais não visualizaram ato típico ao espúrio comércio de drogas, tal como a aproximação de terceiro indivíduo, a manutenção de breve diálogo com o suposto traficante, seguido da troca de dinheiro por droga. Impõe-se, neste contexto, que se leve o quadro fático comprovado à moldura do art. 28, da Lei n.º 11.343/06.⁵

Pontua-se, neste momento oportuno, que a condição de usuário de drogas não afasta, necessariamente, a de traficante, pois, na maioria das vezes, os consumidores se valem do comércio ilícito de entorpecentes para sustentar o próprio vício, de modo que uma conduta não exclui a outra. Sobre o tema, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: *A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu.*⁶

No tocante à pena, tem-se a alteração legislativa mais expressiva, que consiste na extinção da pena privativa de liberdade. A partir da vigência da Lei 11.343/06, as

⁵ Apelação nº 0001601-07.2016.8.26.0220, 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo da Comarca de Guaratinguetá, Relator Newton Neves, 06 de fevereiro de 2018.

⁶ STF 1ª T. HC n. 74.420-6/RJ Rel. Min. Celso de Mello DJU de 19.12.96, p. 51.768.

penas aplicadas isolada ou cumulativamente ao praticante do crime de posse de drogas para uso pessoal são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Portanto, é incabível a submissão do infrator qualquer tipo de prisão provisória, posto que o próprio tipo não prevê pena privativa de liberdade ao seu praticante. Mesmo o flagrante não admite, de maneira alguma, a prisão.

A ideia do legislador é diversificar o tratamento conferido ao usuário, visto que, até certo ponto, ele também é uma vítima das drogas, e que a privação de sua liberdade em nada ajudaria. Sob essa égide, acompanhando as políticas externas mais recentes e focando-se na recuperação e reinserção social do usuário é que foi promulgada a Lei 11.343/06. Nesse sentido, confira-se o teor do Parecer 846 de 2002, de relatoria do Senador Sérgio Cabral, na análise do projeto de lei que criou a norma legal em estudo:

O maior avanço do projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. Apenas a prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que na verdade é dependente de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. [...] Diversos países da Europa têm modificado a sua legislação para acabar com a pena de prisão por uso de drogas, o que ocorreu na Itália, por força de lei editada em 1990; Espanha, por Emenda Constitucional 01 de 1992; Portugal, por meio da Lei 30, de 2000. [...] O que se observa na Europa é que os países que tem enfrentado nos últimos anos o debate em torno de mudanças legislativas quanto à sanção para o mero uso de drogas têm posto fim a pena de prisão.

Note que o projeto de lei já se preocupava com a questão do usuário, e de propósito fez no tipo penal alterações tão significativas. Ainda, perceba que à época de sua criação outros países já adotavam penas alternativas à privação de liberdade quando da prática deste delito.

As penas de prestação de serviços e a medida educativa, em regra, tem prazo máximo de aplicação de cinco meses, podendo este ser estendido a até dez meses, caso o agente seja reincidente. Pontua-se que há discussão acerca do termo “reincidência” para fins de extensão do prazo de aplicação das penas alternativas, sob a qual não nos debruçaremos para não fugir do foco deste estudo. Em caso de

descumprimento injustificado de quaisquer das penas impostas, o parágrafo sexto do artigo 28 permite a submissão do agente à pena de multa ou admoestação verbal.⁷

Na prática, essas medidas aplicadas *a posteriori* implicam na falta de efetividade da norma incriminadora. Isso porque, sendo a admoestação verbal claramente ineficaz, resta, para os casos mais preocupantes, em que não há qualquer interesse do transgressor em acatar qualquer das penalidades apostas (inclusive aquelas que visam inculcar cuidados sanitários e senso de preservação pessoal), a pena de multa. Porém, em termos práticos, não havendo o pagamento da multa pelo transgressor da norma, deve ocorrer sua inscrição em dívida-ativa, cuja execução cabe à Fazenda Pública. Ocorre que as multas criminais, quando em valores baixos, não são executadas pelos órgãos fazendários. Se não há sanção, o poder coercitivo do tipo resta enfraquecido, e por consequência, resta enfraquecida, também, sua eficácia.

Quanto ao valor da multa, o artigo 29 da nova Lei de Drogas determina que “na imposição da medida educativa a que se refere o inc. II do §6º do art. 28, [ou seja, a multa], o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avós até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo”, sendo que o arrecadado deverá necessariamente ser depositado à conta do Fundo Nacional Antidroga.

A norma que encerra o capítulo, artigo 30 da nova Lei de Drogas, trouxe ao crime em comento o menor prazo prescricional previsto em nossa Lei Penal, qual seja de 02 (dois) anos, preservando as disposições do Código Penal para análise da ocorrência da prescrição. Isto é, iniciada a persecução penal o Estado tem 02 (dois) anos para punir o agente ou executar sua pena, a depender do momento processual.

Cabe dizer que o delito de posse de drogas para uso pessoal é processado e julgado de acordo com o rito previsto na Lei dos Juizados Especiais,⁸ em decorrência de determinação expressa do artigo 48 da Lei Drogas. Fica evidenciada, aqui, a intenção do legislador em tratar o delito como infração de menor potencial ofensivo. Devido à previsão do artigo 48, deverá ser lavrado termo circunstanciado, e não

⁷ Anote-se que: descumprida a sanção imposta, não será possível em nenhuma hipótese a conversão da pena em prisão, mas sim a tomada de providências coercitivas em busca do cumprimento da pena. NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves et. al. **Leis Penais Especiais**. 3º ed. rev., atual, e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Coleção elementos do direito, v.18., p.244.

⁸ Artigos 60 e seguintes da Lei 9.099/95.

boletim de ocorrência, sendo plenamente cabível a proposta de transação penal, que consiste em direito subjetivo do infrator.

1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO STF SOBRE O TEMA

O Supremo Tribunal Federal vai encarar uma importante pauta neste primeiro semestre de 2019. Em 05 de Junho acontecerá uma votação polêmica, a Corte decidirá a respeito da Constitucionalidade do Art. 28 da Lei de Drogas. Neste artigo estão previstas as penas para quem ‘adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal’. Este recurso está sendo relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes. Caso seja considerado inconstitucional, o porte de drogas para consumo próprio será descriminalizado no Brasil. O julgamento começou em 2015, quando o Ministro Teori Zavascki ainda estava vivo. Chegaram a proferir seus votos os ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Edson Fachin, todos os três a favor dos usuários. Vale ressaltar que o Ministro Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalização do porte de drogas para uso, sem restrição quanto as drogas, enquanto os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, votaram apenas para a descriminalização do porte de maconha.

Apesar do julgamento estar previsto para ser retomado no STF no dia 05 de junho, a juíza Rosália Guimarães Sarmento, da 2ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes, se antecipou ao STF e declarou inconstitucional o art. 28 da lei 11.343/2006, levando em consideração o voto do Ministro Gilmar Mendes, que também votou pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio.

Na sentença, a juíza desclassificou a conduta dos dois réus afirmando que não há nenhuma prova de que a quantidade de droga apreendida era destinada ao tráfico. Por isso, a juíza considerou plausível o argumento de que a droga era para consumo pessoal.⁹

⁹ ROVER, Tadeu. Juíza se antecipa ao Supremo e declara inconstitucional artigo 28 da Lei de Drogas. **Conjur**, 11 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/juiza-antecipa-stf-declara-inconstitucional-artigo-lei-drogas>>. Acesso em 1º de abril de 2019.

2 PAÍSES ONDE O PORTE DE MACONHA PARA USO PESSOAL NÃO É CRIME

Nos países que já descriminalizaram o uso de drogas, não houve variação na quantidade de pessoas que usam, mas o flagrante geralmente já deixou de ser caso de polícia.

Na América do Sul, temos o exemplo do Uruguai, que em 2013, se tornou o único país a regulamentar todo o ciclo de consumo da maconha, e a deixá-lo sob o controle do Estado. Desta forma, todas as pessoas maiores de dezoito anos podem cultivar e comprar a erva legalmente, desde que estejam cadastradas no Governo.

Ainda na América do Sul, temos o exemplo do Chile, que depois de oito anos da descriminalização, o governo resolveu estabelecer a quantidade máxima de maconha que uma pessoa pode portar, que no caso seria de dez gramas. Assim como, poderia cultivar em sua residência o máximo de seis plantas da cannabis.

Passando adiante, no continente Europeu, temos o clássico exemplo da Holanda, que é considerada um dos países pioneiros no que diz respeito a tolerância com o uso pessoal das drogas. Na Holanda, a venda de maconha é permitida dentro dos “coffee shops”, porém o Governo estipulou um limite máximo para o porte da maconha, que é de cinco gramas, além de permitir o cultivo de até cinco pés da planta. Além disso, o Governo resolveu permitir o consumo da maconha em público.

Ainda no velho continente, temos o exemplo de Portugal, que foi o primeiro país a descriminalizar todos os tipos de drogas, no ano de 2001. Desta forma, os usuários deixaram de ser tratados como criminosos e passaram a ser considerados doentes. Existe um limite máximo que é tolerado pelo Governo. Quem for flagrado dentro deste limite é encaminhado a um comitê composto por assistentes sociais e médicos, mas quem for flagrado com quantidades superiores as permitidas, responde criminalmente por seus atos.

2.1 COMPARAÇÃO COM O BRASIL

Não bastasse às consequências catastróficas da possível consideração do crime de posse de drogas para uso pessoal como infração *sui generis*, certo é que o argumento trazido por seus adeptos para sustentá-la é, em muito, questionável.

Isso porque o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (que distingue crimes e contravenções) foi recebido pela Constituição Federal de 1988 com o carácter de legislação ordinária, o que não impede que lei ordinária superveniente estabeleça, para outro crime, pena diversa da restritiva de liberdade, como é o caso do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. A própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVI, traz outras opções de pena passíveis de serem adotadas por lei ordinária. Vejamos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Além do mais, o rol das penas constitucionais é meramente exemplificativo, motivo pelo qual o legislador poderá, inclusive, criar outras tantas, desde que compatíveis com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, proibitivo de penas cruéis e degradantes, entre outras (CF, art.5º, XLVII).¹⁰

Portanto, é plenamente possível que o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 – que consiste em lei ordinária –, venha a impor pena alternativa à privativa de liberdade, mantendo seu carácter criminoso. Essa é a lógica de interpretação e o entendimento desta segunda corrente. Para essa vertente, a posse de drogas para uso pessoal continua a ser crime, tendo havido, tão somente, uma despenalização do tipo penal;

¹⁰ QUEIROZ, Paulo e LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. Salvador. Editora Juspodivm, 2016, p. 19.

“uma quebra com a tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal”.¹¹ Esse é, também, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 430.105/RJ, no ano de 2007, e o que parece ser mais adequado à realidade. O julgamento da Questão de Ordem resultou na seguinte ementa:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto 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). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430.105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

Não por motivo alheio às razões explicitadas na Questão de Ordem é que o Superior Tribunal de Justiça acompanhou tal entendimento, ao julgar o HC 275.126/SP. Veja-se ementa, *in verbis*:

DIREITO PENAL. REINCIDÊNCIA DECORRENTE DE CONDENAÇÃO POR PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. A condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) transitada em julgado gera reincidência. Isso porque a referida conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis). (sexta turma, g.n.).

¹¹ Trecho do voto do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 430.105-9/RJ.

Observa-se, ainda, que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal foi criado no ano de 1940, data em que não eram previstas aos crimes penas diversas das privativas de liberdade. À época, não cabia se falar em pena alternativa à prisão, razão pela qual o dispositivo pode ser considerado atemporal. Cabe lembrar que a reforma substancial no sistema de penas ocorreu com a vigência da Lei 9.714/98, que instituiu as chamadas “penas alternativas” – prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Não se pode olvidar, também, que o delito de posse de drogas para uso pessoal foi inserido pelo legislador no título denominado “dos crimes e das penas”, o que por si só já demonstra a intenção deste em considerar o artigo 28 da nova Lei de Drogas como um crime.

3 PROJETO DE LEI Nº 10549/2108

No dia 10/07/2018, o deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP) protocolou o Projeto de Lei PL 10549/2018, com o objetivo de disciplinar o controle, a fiscalização e a regulamentação do uso da maconha e seus derivados.

Ao nosso estudo o que é mais significativo é o Capítulo III do projeto de lei, que diz respeito ao uso pessoal da cannabis. Para facilitar o exame do dispositivo, copia-se sua redação original, *in verbis*:

Art. 8º À pessoa maior de 18 (dezoito) anos de idade é permitido:

I – adquirir de associação de cultivo coletivo, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo até quarenta gramas não prensadas de “cannabis” de efeito psicoativo, mensalmente, para uso pessoal;

II – plantar, cultivar, e colher, no recinto doméstico, até seis plantas fêmeas em floração, e armazenar o produto das colheitas até o máximo de quarenta gramas, não prensadas, de “cannabis” de efeito psicoativo, mensalmente, por usuário ou paciente, para uso pessoal ou medicinal.

§ 1º O cultivo doméstico de “cannabis” de efeito psicoativo é isento do registro, inspeção e fiscalização.

§ 2º Na hipótese do inciso II é permitido o armazenamento do produto das colheitas até o limite máximo autorizado para uso pessoal por ano.

§ 3º Os limites de quantidades previstos nos incisos I e II poderão ser ultrapassados mediante a apresentação pelo paciente de receita especial prescrita por médico devidamente habilitado.

§ 4º Presume-se para uso pessoal a posse de plantas ou produtos da colheita, salvo prova em contrário de que o possuidor se dedica à atividade de mercancia.

Art. 9º Considera-se cultivo coletivo o plantio, a cultura e a colheita de “cannabis” de efeito psicoativo desenvolvidos e mantidos por associação civil sem fins lucrativos, criada e mantida para esta finalidade específica, com o objetivo de suprir as necessidades de uso pessoal de seus associados.

§ 1º O cultivo coletivo dar-se-á em imóvel destinado especificamente para esse fim, podendo este ser utilizado como sede da associação e local para reunião dos associados.

§ 2º As despesas com cultivo coletivo serão custeadas exclusivamente pelas contribuições dos associados.

§ 3º Toda e qualquer produção do cultivo coletivo será distribuída exclusivamente entre os associados, sendo vedada sua comercialização.

§ 4º As associações deverão coletar dados relativos às variedades cultivadas, tempo de produção, resultados da colheita e da destinação, sempre preservando o anonimato dos associados, conforme regulamentação, para inserção dos dados no Observatório Nacional da “Cannabis” e repassá-las à Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (SENAD) para alimentação de sistema próprio do órgão.

§ 5º A associação para cultivo coletivo deverá ser registrada junto à Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (SENAD) na forma e condições estabelecidas em regulamentação própria.

§ 6º A associação para cultivo coletivo é autorizada a plantar até noventa e nove plantas fêmeas em floração de “cannabis” de efeito psicoativo, e armazenar como produto das colheitas em quantidade proporcional ao número de associados, observado o limite mensal máximo individual de quarenta gramas não prensadas, por associado.

§ 7º Os limites de quantidades individuais de plantas ou de produtos da colheita previstos no § 6º poderão ser ultrapassados mediante a apresentação pelo associado de receita especial prescrita por médico devidamente habilitado.

§ 8º Presume-se para uso pessoal dos associados a posse de plantas ou produtos da colheita, salvo prova em contrário de que a associação se dedica à atividade de mercancia.

Vale ressaltar o Art. 8º parágrafo II, que decorre à cerca do cultivo e da colheita da maconha no recinto doméstico, impondo limites e regulamentado essa prática. Notamos que esse parágrafo muito se assemelha aos limites que também são impostos aos países Europeus citados acima, onde o cultivo da maconha é liberado até determinado número de plantas. Vale ressaltar ainda, o inciso 1º deste mesmo parágrafo, que dispõe sobre a dispensa de registro, inspeção e fiscalização, quando o cultivo da cannabis for para efeito psicoativo. Desta forma, pessoas que necessitam comprovadamente do uso medicinal da maconha, como por exemplo para o tratamento de convulsões severas, não irão mais precisar praticar de atos ilícitos para conseguirem obter a planta. Tirando desta forma, um pouco do poder dos traficantes, que se aproveitam da situação dessas famílias para lucrarem.

4 ARGUMENTOS A FAVOR DA LEGALIZAÇÃO

O principal e mais abordado argumento para os que defendem a legalização da maconha, é de que a legalização abalaria substancialmente o narcotráfico do nosso país, colocando fim a parte exageradamente lucrativa do negócio, trazendo assim para a superfície a parte negra do negócio. Com o enfraquecimento do tráfico dessa droga, o Estado passaria a lucrar com a maconha, uma vez que taxaria com impostos a venda e toda a cadeia produtiva da planta.

Defendem também, que a cannabis deva ser legalizada devido ao fracasso retumbante do país na guerra contra as drogas, abordando que as únicas consequências de tal guerra, foram o aumento da violência urbana, corrupção generalizada, o aumento do crime organizado, a marginalização dos mais pobres e a níveis alarmantes da população carcerária.

Outro ponto a ser destacado, é o de que em uma sociedade onde as drogas são legais, o número de vítimas inocentes produzidas pela venda de entorpecentes, seria drasticamente reduzido, uma vez que muitas pessoas que estão de fora do ciclo das drogas, acabam perdendo suas vidas devido as externalidades da guerra contra as drogas, como a violência urbana e o abuso por parte da polícia.

E por fim, acreditam que a sociedade aprenderá a conviver com o uso da maconha, assim como tem feito com outras substâncias como o cigarro e álcool, que convivemos diariamente em nosso país.

5 ARGUMENTOS CONTRA A LEGALIZAÇÃO

A corrente contra a legalização da maconha considera que a legalização da planta, aumentaria o número de pessoas que experimentariam a droga, criando assim um boom de consumo, que levaria a uma epidemia mais grave. Defendem que quanto maior o acesso das pessoas a droga, maior seria o seu consumo, uma vez que nada as impediriam de consumi-la.

Alguns médicos psiquiatras, contra a legalização, alertam para o risco de produzir doentes, para um sistema de saúde falido como o brasileiro. Defendendo que a maconha pode desencadear a esquizofrenia, levar à perda de memória e até levar ao câncer. Salientam que os médicos sabem que o uso frequente da cannabis é prejudicial, desta forma não há motivos para a legalização.

Há quem diga que a maconha é a porta de entrada para drogas mais fortes e pesadas, como o caso da cocaína do crack e da heroína. Devido ao fato de ser considerada uma droga mais fraca e natural, as pessoas não se dão por satisfeitas e partem para o uso dessas drogas mais fortes citadas acima.

Outro fato a ser debatido, é que legalizando a maconha pela sua alta incidência, criaríamos um perigoso precedente, uma vez que, qualquer ato criminalizado que tivesse uma grande incidência e apoio de alguns setores da sociedade seriam legalizados, independentemente de suas consequências para a sociedade.

Existem ainda reflexos jurídicos com a legalização. Os primeiros reflexos em nosso ordenamento jurídico aconteceriam na área penal. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, afirma em seu inciso XL que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro defende o princípio mais conhecido como *in dubio pro reo*. É perceptível a adoção deste princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, VII.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Podemos citar também o que está exposto no Art. 2 do Código Penal – Decreto Lei 2848/40 e no parágrafo único:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.
Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos interiores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Desta forma, todos os cidadãos anteriormente presos exclusivamente por algo relacionado à maconha, estariam livres de cumprirem qualquer sanção, ocorrendo dessa forma a anistia desses condenados.

6 O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL E A QUESTÃO CARCERÁRIA

Um a cada três presos no Brasil responde hoje por tráfico de drogas. Se antes as cadeias estavam lotadas de condenados por crimes contra o patrimônio, como furto e roubo, hoje elas abrigam milhares de pessoas que respondem pelo crime de tráfico.

Segundo levantamentos divulgados pelo G1 em 2015, o aumento do número de presos por esse tipo de crime foi de 339% de 2005 a 2013, fruto da alteração da lei de drogas, que está em vigor desde 2006. A lei certamente endureceu as penas para os traficantes, mas teve um efeito avassalador com os usuários. Nos últimos anos a crise só se agravou, agora o aumento chega a ser de 480% nos últimos doze anos. O boom de presos por tráfico ajuda a explicar a superlotação dos presídios no país. Há hoje 668,2 mil presos para 394,8 mil vagas.

Nesse sentido o Juiz do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, defendeu a legalização das drogas, como uma forma de tentar frear esse crescimento frenético de pessoas sendo presas por tráfico de drogas.

A crise no sistema penitenciário coloca agudamente na agenda brasileira a discussão da questão das drogas. Ela deve ser pensada de uma maneira mais profunda e abrangente do que a simples descriminalização do consumo pessoal, porque isso não resolve o problema. Um dos grandes problemas que as drogas têm gerado no Brasil é a prisão de milhares de jovens, com frequência primários e de bons antecedentes, que são jogados no sistema penitenciário. Pessoas que não são perigosas quando entram, mas que se tornam perigosas quando saem. Portanto, nós temos uma política de drogas que é contraproducente. Ela faz mal ao país.

Vale ressaltar também a opinião de outros especialistas:

Nas últimas décadas, o endurecimento das leis contra o tráfico de drogas levou a uma explosão do encarceramento, lembra o vereador Renato Cinco (PSOL-RJ), integrante do coletivo da sociedade civil “Movimento pela Legalização da Maconha”, que promove a Marcha da Maconha na cidade. Grande parte dos homens e a maioria das mulheres estão presos por tráfico, e isso só serve para fortalecer o crime organizado, que nasce nas cadeias, e não nas ruas.

Já a coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes (Cesec-UCAM), Julita Lemgruber destaca que o estado do Rio registrou, no ano passado, 5.033 homicídios o equivalente a 13,7 casos por dia a maioria relacionada a um modelo de confronto às drogas que julga “falido”. Se considerarmos que “vencer” as drogas é algo possível, vamos nos envolver com uma guerra em que morrerão pessoas de todos os lados assinala a socióloga. Um mundo mais seguro depende da legalização da produção, distribuição e consumo de todas as drogas ilícitas. Naturalmente esta medida será feita de maneira gradual, porque precisaremos de um grande investimento em campanhas de informação.

Mesmo adversários da legalização reconhecem que, neste ponto, os defensores da medida têm razão. É o caso, por exemplo, do psiquiatra Jorge Jaber, especializado em dependência química pela Universidade de Harvard (EUA), que considera mais importante abordar a questão pelo lado da saúde

pública do que pelo viés da segurança. Há a constatação de que a criminalidade no país é fortemente abastecida pela proibição do uso de algumas substâncias, então do ponto de vista jurídico ter tantas penitenciárias lotadas de traficantes estimula a ideia de que, se a maconha for liberada, isso pode mudar diz. Mas neste momento o foco da discussão deve ser se a legalização da maconha será boa ou ruim para a saúde pública do povo brasileiro, e deste ponto de vista ela será catastrófica. Acredita-se que com a liberação haverá regulamentação e controle, mas isso já não acontece nem com o álcool e o tabaco, que são vendidos para crianças e adolescentes.

Diante deste cenário demonstrado acima, vale ressaltar que existe sim a necessidade de se combater o tráfico de drogas em nosso país, porém o simples fato de prender essas pessoas, que muitas vezes estão com poucas quantidades de produto, e não as comercializariam e sim usariam para seu próprio consumo, não é a solução, pois como foi demonstrado com números e opiniões de especialistas este modo de atuação do Governo só vem piorando e muito o problema carcerário do nosso país, superlotando os presídios e muitas vezes jogando em uma cela de cadeia uma pessoa que foi flagrada com uma quantidade pequena de droga, junto com pessoas que cometeram crimes muito piores, como no caso de homicídio. Desta forma, esta superlotação carcerária devido ao tráfico de drogas, faz com que a reabilitação do indivíduo preso seja quase que impossível, tendo em vista as péssimas condições a que eles são submetidos, justamente por não ter mais espaço nas cadeias para este tanto de pessoas que são presas pelo crime de tráfico, como foi demonstrado acima.

7 A LEGALIZAÇÃO ACABARIA COM O TRÁFICO?

Seria um equívoco pensar que a legalização da maconha diminuiria o narcotráfico, uma vez que com a legalização certamente haverá uma carga significativa de tributos para a sua comercialização, tornando assim a maconha muito mais cara do que o valor atual. Desta forma, legalizando ou não, o tráfico ainda será mais vantajoso, do que a compra legal, justamente por não incidir os tributos que irão existir com a compra legal. Assim, a legalização não diminuirá a violência causada pelo tráfico, muito menos os altos custos do Governo para combatê-lo.

Outro ponto negativo com a legalização da maconha, seria o aumento do consumo de outras drogas mais baratas, como é o caso do crack, uma droga mais forte e mais viciante.

A legalização acabaria criando um mercado paralelo ao estado, despertando o interesse dos cartéis internacionais, uma vez que, atualmente, o Brasil não é apenas uma rota de passagem da droga, mas sim um país de grande consumo da droga.

Observemos o que diz o criminologista Holandês Dirk Korf, da Universidade de Amsterdam: *Hoje, a população está descontente com essas medidas liberais, pois elas criaram uma expectativa ingênua de que a legalização manteria os grupos criminosos longe dessas atividades.*

Com a fala do criminologista, podemos notar que na Holanda, um país que descriminalizou as drogas há algum tempo, a população ainda sente a forte presença do narcotráfico no comando da comercialização e da distribuição das drogas no país.

De encontro com o que diz o criminologista Holandês, observemos o que diz Bernardo Santoro: Mestre em Teoria e Filosofia do Direito (UERJ), Mestrando em Economia (Universidad Francisco Marroquín) e Pós-Graduado em Economia (UERJ). Professor de Economia Política das Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ. Advogado e Diretor-Executivo do Instituto Liberal.

Em um cenário de deterioração da segurança pública e das instituições, em que a taxa de lucro de uma atividade criminosa é muito alta, pouco importando a atividade em si, em virtude dos problemas “macroculturais”, a legalização das drogas apenas faria migrar os agentes econômicos do crime de uma atividade para outra.

Resumindo: a legalização provavelmente diminuiria apenas circunstancialmente o tráfico de drogas, e os criminosos que perdessem

espaço no mercado ilegal de drogas, em virtude do grande incentivo econômico e cultural para a prática de crimes, simplesmente migrariam para outras atividades criminosas, quase certamente mais violentas que o tráfico em si.

8 CONCLUSÃO

Após análise extensa e detida de estudos doutrinários e de jurisprudências, foi possível alcançar algum entendimento acerca do tema. É certo que as drogas, em seus mais variados tipos, vão sempre integrar o nosso cotidiano, pois esse já é um problema enraizado há muitos anos em nosso país e em muitos outros países. Desta forma, a legislação que versa sobre ela também deverá continuar a se reinventar, a fim de acompanhar a mudança deste tema complexo com o passar dos anos.

Neste aspecto temos que falar da Lei 11.343/06, mais conhecida com a lei das drogas, que inovou positivamente o tratamento conferido às drogas, principalmente ao usuário, ao impor a ele penas alternativas à prisão e ao inserir em seu texto medidas preventivas e terapêuticas visando sua recuperação. Porém, tenho que frisar que grande parte das vezes, as penas alternativas à prisão não estão sendo colocadas em prática, uma vez que como analisamos acima, o número de presos vem aumentando consideravelmente desde a alteração na lei de drogas. Causando assim a superlotação das cadeias em nosso país, gerando vários novos problemas com isso.

No tocante à natureza jurídica do crime de posse de drogas para uso pessoal, parece-me que a posição adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros se faz correta. A conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06 não foi descriminalizada, tendo havido, tão somente, despenalização condicionada pelo afastamento da pena privativa de liberdade. Ora, apesar de conceder um tratamento mais benéfico ao usuário de drogas, em nenhum momento a lei dispôs que a conduta típica já não seria mais enquadrada como crime. Com efeito, se essa não foi a opção do legislador, não cabe a nós adotá-la.

Desta forma, vale ressaltar em 05 de junho irá acontecer a votação polêmica, onde o Supremo Tribunal Federal decidirá a respeito da Constitucionalidade do Art. 28 da Lei de Drogas, podendo assim mudar consideravelmente o entendimento que prevalece nos dias de hoje.

Parece-me que a declaração da inconstitucionalidade do tipo não é a medida adequada ao atual momento histórico. De fato, as políticas externas envolvendo entorpecentes vem estabelecendo providência jurídicas mais “liberais”, contudo, tais providências devem ser progressivas a fim de diminuir o impacto. A despenalização

da conduta do usuário é recente (2006) e a sociedade ainda se adapta a isso, sendo pernicioso o caminho da descriminalização.

Por fim, em meu entendimento, a legalização do cultivo ou da posse da cannabis para uso pessoal não deveria acontecer, uma vez que como tratado durante o trabalho, o narcotráfico não diminuiria e se reinventaria a fim de lucrar em cima da legalização. A legalização faria com que a população tivesse um acesso mais fácil a droga, acarretando assim em um número maior de usuários da planta, que afeta diretamente na saúde da população. Também não diminuiria a violência, só serviria para enriquecer a uns quantos latifundiários que já sonham com os lucros que conseguirão.

Os interessados em legalizar a maconha expõem como muito 'progressista' e como um grande 'avanço' imitar a outros países que a legalizaram. Mas incentivar que as pessoas se droguem, alterem sua consciência, fiquem viciadas, percam a saúde e o sentido de sua existência, não contribui em nada para melhorar a sociedade, pelo contrário, promove sua deterioração física, mental e espiritual.

Sendo assim, a legalização não solucionaria os problemas que já estão enraizados em nosso país no tocante as drogas. A única maneira no meu entendimento, de combater a venda e reduzir o número de pessoas viciadas em drogas é com a integração de esforços entre o governo e a sociedade. Este é o foco principal, a raiz do problema. Só poderemos banir a droga se o consumidor, o próprio indivíduo se desinteressar por ela. Não quero dizer que será um trabalho fácil de se realizar e que trará resultados da noite para o dia. Mas, de certa forma, é o caminho mais inteligente: sem violência, trabalhando as dificuldades, transformando medo em coragem de crescer, investindo em maturidade e evitando a pior saída.

LISTA DE REFERÊNCIAS

Doutrina

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - 5: parte especial**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2014.

CABRAL, Sergio. **Parecer 846 de 2006**. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaPafinasDiario/?CodDiario=1550&secPaginalnicial=123&seqPaginaFinal=123>>.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 04**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção, repressão (Comentários à Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976)**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal, vol. 1**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

NUNES, Laura M., e TRINDADE, Jorge. **Crime e drogas: relações psicológicas comportamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

QUEIROZ, Paulo e LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

Legislação

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941,

BRASIL. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Brasília, 23 de agosto de 2006.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Brasília, 21 de outubro de 1976.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984.** Brasília, 11 de julho de 1984.

BRASIL. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.** Brasília, 25 de novembro de 1998.