

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO AUTOCULTIVO DA MACONHA ANTE A
LESIVIDADE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
COMO POSSÍVEL MEIO DE REDUÇÃO DO NÚMERO DE ENCARCERAMENTOS
NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Luiz Fernando Pinheiro de Souza¹

Marco Aurélio de Medeiros Jordão²

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo analisar a possibilidade jurídica e a necessidade social da descriminalização do autocultivo da maconha, junto à descriminalização do porte para consumo pessoal, assunto já em discussão no Supremo Tribunal Federal, com base na lesividade a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, como um meio eficaz de redução do número de prisões que levam indiscriminadamente consumidores à cadeia como se traficantes fossem, superlotando assim o já caótico sistema prisional brasileiro. Para tanto, estudar-se-á o histórico proibicionista, o recente e atual fluxo mundial no sentido de descriminalizar e legalizar drogas tidas como ilícitas, os dados estatísticos do sistema prisional brasileiro e a possibilidade da descriminalização do autocultivo em si, diante do corrente contexto social, jurídico e legislativo nacional. A escassez de trabalhos e pesquisas relacionados ao tema impulsiona e justifica a realização deste, e também, a curiosidade sobre o tema do autocultivo, haja vista as constantes mudanças ideológicas, sociais e jurídicas pelas quais a sociedade tem passado nos últimos anos. O método utilizado será o dedutivo, pois partirá da dedução de que a possibilidade de o usuário cultivar a sua própria planta para dela extrair o fumo ou óleo irá afastá-lo do tráfico de drogas, onde, por óbvio, consegue seu entorpecente, evitando assim a efetuação de novas prisões por tráfico de drogas, ainda que o detido seja apenas um usuário. Serão apresentados ainda, dados de países que já efetivaram políticas de descriminalização e legalização de drogas como caminho

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: luizfernandopesouza@outlook.com

² Professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marfilobr@hotmail.com

alternativo à guerra de combate às drogas e obtiveram resultados positivos após a tomada das novas medidas. Ao final veremos de maneira mais aprofundada a discussão do tema no Brasil e como pensam juristas do país, de modo a concluir a necessidade e possibilidade ou não da descriminalização do autocultivo no âmbito nacional.

Palavras-chave: Descriminalização. Autocultivo. Inconstitucionalidade. Maconha. Tráfico. Drogas.

**THE DISSEMINATION OF THE SELF-CULTURE OF MARIJUANA BEFORE
LESIVITY TO THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL
AS POSSIBLE MEANS OF REDUCING THE NUMBER OF JAILS IN THE
BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the legal possibility and the social need for the decriminalization of marijuana self-cultivation, along with the decriminalization of personal consumption, a matter already under discussion in the Federal Supreme Court, based on the lesivity to principles, rights and fundamental guarantees provided by the Constitution of the Federative Republic of Brazil as an effective means of reducing the number of prisons that indiscriminately bring consumers to the prison as if they were drug traffickers, thus overlapping the already chaotic Brazilian prison system. In order to do so, we will study the historical prohibitionist, the recent and current world-wide flow in the sense of decriminalizing and legalizing illicit drugs, the statistical data of the Brazilian prison system and the possibility of decriminalizing the self-culture itself, given the current context social, legal and legislative framework. The scarcity of studies and research related to the theme boosts and justifies the realization of this, as well as curiosity about the subject of self-cultivation, given the constant ideological, social and legal changes that society has been experiencing in recent years. The method used will be the deductive, since it will start from the deduction that the possibility of the user cultivating his own plant to extract the tobacco or oil will remove him from the drug trade, where, of course, he obtains his narcotic, thus avoiding the making of new

prisons for drug trafficking, even if the detainee is only a user. It will also present data from countries that have already implemented policies of decriminalization and legalization of drugs as an alternative route to the war on drugs and obtained positive results after taking the new measures. At the end we will see in a deeper way the discussion of the subject in Brazil and how jurists of the country think, in order to conclude the necessity and possibility or not of the decriminalization of the self-cultivation in the national scope.

Keywords: Decriminalization. Self-Cultivation. Unconstitutionality. Marijuana. Trafficking. Drugs.

1 INTRODUÇÃO

A maconha é um entorpecente utilizado pelo ser humano de forma recreativa, medicinal e também em rituais religiosos de variadas culturas há milhares de anos. Durante quase todo o decorrer da história o entorpecente foi utilizado sem grandes problemas e não somente como entorpecente, mas da sua planta, o cânhamo, também se extraía óleo das sementes para diversos usos e da fibra se produzia, desde o século XIV, dentre outras coisas, um tecido resistente o suficiente para ser utilizado como velas de embarcações como as das caravelas que aportaram ao Brasil no ano de 1.500.

A china, que hoje produz papel do cânhamo, consegue produzir em um hectare de cânhamo o mesmo que quatro hectares de eucalipto, em vinte anos de produção. A fibra utilizada pela indústria têxtil possui até cinco vezes mais resistência do que o tecido produzido pelo algodão e a extensão da fibra, que pode passar os quatro metros de comprimento faz da matéria prima a ideal para a produção de amarras e cordas para o uso naval, dada a resistência e tamanho.

Com o advento da Lei Seca nos Estados Unidos, que se estendeu pelos anos 20 até início dos anos 30, associado à crise econômica de 1929, o “crack da bolsa de valores de Nova Iorque”, por motivos econômicos, iniciou-se o grande entrave da história da maconha, que se acentuou e perdura até os dias de hoje. Nos Estados Unidos o uso do fumo foi proibido totalmente e determinou-se a destruição de todas as plantações de cânhamo do país. No Brasil, que seguiu as decisões dos Estados Unidos juntamente com diversos outros países, em 25/11/1938, o Decreto-

Lei de número 891 do Governo Federal determinou “A proibição total do plantio, cultura, colheita e exploração por particulares da maconha em todo o território nacional”.

Na década de setenta, o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declarou guerra às drogas. Tal guerra, combatida de forma incessante e sangrenta, custa anualmente bilhões em dinheiro, milhões em vida e encarcera a todo custo, olhando para o problema de forma que se combate apenas os fins, enquanto o problema real não é estancado.

O Brasil possui hoje a terceira maior população carcerária do mundo num sistema penitenciário superlotado, com déficit de mais de 200 mil vagas. O número de apenados cresce ano após ano. Os Estados Unidos, país com maior população carcerária do mundo, já tem reduzido o número de encarceramentos enquanto o Brasil segue com tal política.

Após a sanção da nova Lei de Drogas, Lei 11.343, em 2006, o crescimento do número de presos por tráfico cresceu vertiginosamente, embora a lei tenha deixado de tratar como criminoso o usuário e tenha retirado a punição de privação de liberdade para aqueles que portassem para uso pessoal pequenas quantidades da droga, ainda que o texto legal não estabeleça quantidades que determinem a diferenciação entre usuário e traficante.

Diante disso, surgem os questionamentos embasadores deste trabalho: É constitucional o artigo 28 da Lei 11.343/2006 que criminaliza quem porta drogas para uso pessoal ainda que tal conduta não exceda os limites da vida privada e não lese nem ponha em risco terceiros ou bens tutelados pelo estado? Em sendo declarada a inconstitucionalidade do referido artigo e deixando então de ser crime o porte para consumo próprio e o uso de drogas, como poderia o usuário obter o seu entorpecente de maneira a se distanciar do tráfico e dos criminosos que comandam a atividade?

Desta feita, o presente artigo busca enxergar de um ponto distinto a necessidade da descriminalização do cultivo da maconha como um instrumento social, que corrobore na descriminalização também do usuário, que assim é visto pela sociedade como um todo e também como uma ferramenta jurídica que vise reduzir o número de novas prisões desnecessárias, que não atingem o objetivo da ressocialização e tão somente lotam os presídios brasileiros.

2 HISTÓRICO DA MACONHA E DADOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Os primeiros registros da maconha datam aproximadamente de 8.000 anos antes de Cristo, período em que a planta era fortemente cultivada para a produção de papel. Com o passar dos anos, novas utilidades foram descobertas para a planta, sobretudo, a medicinal. Por volta do ano 2.700 a.C. o Imperador chinês Shen Nung possuía uma plantação de cânhamo em seu palácio. Na Índia, outro país que fazia uso da planta, os fins eram, sobretudo religiosos. Na religião hindu, a *Cannabis* era a alimentação favorita do deus Shiva, portanto, tomar *bhang*, uma bebida que contém maconha, era uma forma de se aproximar da divindade. Também era largamente utilizada pelos povos do oriente médio e da África como entorpecente pelas populações mais pobres. A maconha seguiu seu curso na história sendo explorada e utilizada das mais diversas formas, como fonte de extração de óleo vegetal e de fibras, úteis na produção de tecidos, cordas, ceras, combustíveis, papel e outros³.

Foi na primeira metade do século XX que a maconha encontrou o seu maior entrave, que se perdura até os dias atuais. Os Estados Unidos encontrava-se em plena Lei seca, que durou de 1920 até 1933 e que proibia o consumo de bebidas alcoólicas. Com a proibição, crescia o número de usuários de maconha, que havia chegado e se espalhou com os imigrantes mexicanos, que buscavam emprego e prosperidade no norte. Com isso, cresciam as plantações de cânhamo. Em 1929 ocorre a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque que coloca os Estados Unidos em profunda recessão econômica. A saída encontrada para tirar o país da recessão era o petróleo, porém, o óleo negro encontrava na maconha um grande concorrente. Ambos eram capazes de gerar produtos semelhantes, contudo, o cânhamo, planta da maconha, podia produzir vários produtos semelhantes e, por vezes, melhores e com custos mais baixos. Surge daí a necessidade da proibição da planta – refletida posteriormente na proibição do fumo, colocado como uma droga de extremo perigo – com a finalidade de eliminá-la como concorrente direto dos produtos criados com base no petróleo. Iniciou-se nos Estados Unidos uma luta proibicionista encabeçada por Harry Anslinger. Em 1937 a revista *American Magazine* publicou a matéria “Marijuana: Assassina de jovens”, escrita por Anslinger. Ainda na década de 20, Anslinger era Chefe da Divisão de Controle Estrangeiro do Comitê de Proibição, que

³ Cf. Robinson (1999).

combatia o contrabando de bebidas. Dentre os motivos já explanados, somando-se ao fato de que a maconha era originariamente utilizada pelas classes mais baixas da sociedade, compostas por negros e imigrantes nos EUA (negros no Brasil, imigrantes árabes na Europa), cresceu a antipatia para com a planta, de forma que os estados começaram a proibir seu plantio e utilização, até a chegada do ponto em que determinou-se a destruição de todas as plantações do país. A repercussão da proibição nos Estados Unidos se alastrou pelo mundo e foi seguida por diversos países, como o Brasil em 1938, mas que mais de um século antes, em 1830, já havia emitido sua primeira portaria, na câmara municipal do Rio de Janeiro, que “criminalizava” a maconha, associando-a aos africanos escravizados e que por isso deveria ser controlada.

A proibição se mantém até os dias de hoje em grande parte do mundo. Alguns poucos estados ou países descriminalizaram ou legalizaram o uso da maconha de alguma forma. Entretanto este panorama vem apresentando mudanças nos últimos anos e, sobretudo, do início do século XXI até então, com a abertura do diálogo e dos debates à cerca das políticas proibicionistas, seus reveses e seus benefícios. Em 2015, o primeiro país legalizou por completo, medicinal e recreativamente o uso da maconha em todo o seu território, regulamentando inclusive toda a produção da planta e de seus produtos; o Uruguai, durante a gestão do presidente à época, José Alberto Mujica Cordano, conhecido popularmente como Pepe Mujica.

2.1 A DISCUSSÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL E OS DADOS ALARMANTES DO SISTEMA PRISIONAL NACIONAL

Também no ano de 2015, o Brasil iniciou no STF a discussão sobre a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, que teve repercussão geral reconhecida e que foi interposto pela defensoria pública de São Paulo, que representa um detento do estado que foi pego em sua cela com três gramas de maconha e, por isso, responde por porte de drogas. No julgamento, que já está na fase de votos, o ministro Luis Roberto Barroso chegou a incluir em seu voto quantidades para porte, para servirem de parâmetro em cada caso concreto e inclusive, estabeleceu um número de plantas

fêmeas - que são as plantas que dão frutos - que poderão ser plantadas em cada residência⁴.

Diante do voto do ministro Barroso surge de forma fática a possibilidade do autocultivo da maconha, baseado na inconstitucionalidade da proibição e o questionamento dos impactos que a descriminalização do autocultivo causaria no âmbito sócio-jurídico, possivelmente desestigmatizando o usuário, afastando-o do tráfico de drogas e reduzindo a taxa de encarceramentos no sistema prisional brasileiro.

Tal questionamento possui relevância, pois, de um ponto de vista social, ou seja, da desestigmatização, e criminal, de quase nada adiantaria o porte para uso pessoal da maconha ser descriminalizado se o usuário continuasse sendo obrigado a obter o seu entorpecente de forma a manter contato com a ilegalidade, ou seja, em contato com o traficante, permanecendo ainda à margem da lei, mesmo que do ponto de vista apenas social e não criminal, sendo a parte final e principal do sistema do tráfico, uma vez que sem o usuário (consumidor) não haveria condição para o prosseguimento da atividade de comercialização das drogas, de acordo com as lógicas mercadológicas conhecidas. Em suma, a inexistência da possibilidade de uma via para o usuário obter seu entorpecente, irá mantê-lo em contato com uma atividade ilegal que corrobora para a situação caótica do sistema prisional brasileiro e contribui cada vez mais com os números sempre alarmantes das estatísticas de homicídios no país.

O Brasil possui uma lei de drogas mal elaborada, que ainda criminaliza os usuários de drogas e que muitas vezes os coloca na cadeia como se fossem verdadeiros traficantes, ainda que com a toda a subjetividade que possa ser aplicada no flagrante do ato ilícito. A lei de drogas que entrou em vigor em 2006 não trás em seu texto quantidades que podem ser portadas com o intuito de não taxar um usuário como traficante ou o oposto simplesmente com base na quantidade portada, mas sim nas circunstâncias do flagrante. Todavia, na prática, o que vemos é o contrário: A ausência da previsão legal de quantidades prejudica o usuário, detido muitas vezes como traficante. Enquanto isso, o inimigo principal, que deveria estar sendo verdadeiramente combatido, anda em conluio com a polícia e também com o estado, de forma que a maior parte das prisões efetuadas não possui eficácia

⁴ Cf. Growroom (2015).

fática no real solucionamento do problema, que, aliás, não se encontra nem de longe apenas na realização de prisões em massa. Retrato disso é o sistema prisional brasileiro que atualmente se encontra em estado caótico, superlotado e ainda assim a criminalidade na ruas do país não para de crescer.

Gustavo de Greiff Restrepo, ex-Procurador Geral da Colômbia e um dos grandes responsáveis pela captura e morte de do narcotraficante Pablo Escobar, em 1993, se declarou no ano seguinte à favor da legalização das drogas (Declaração esta que resultou na proibição de sua entrada nos Estados Unidos). Mais recentemente, em 2016, de Greiff disse em entrevista à BBC Brasil que “a atual guerra às drogas é um fracasso”. No Brasil, José Mariano Beltrame, delegado federal e Secretário de Segurança do estado do Rio de Janeiro entre 2007 e 2016, disse em entrevista a revista *época* (2015) que “a luta contra o tráfico de drogas é perdida e irracional”. Décadas se passaram desde que os Estados Unidos declaram a guerra às drogas, no mandato do presidente Richard Nixon, porém, a atividade ilegal nunca foi combatida por completo. Diga-se de passagem, o objetivo de derrotar o narcotráfico nunca chegou nem perto de ser alcançado. Pelo contrário, dados estatísticos nos mostram que o tráfico de drogas é, há tempos, o negócio ilegal mais rentável do mundo. Rafael Râmia Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo, que representa o apenado Francisco Benedito de Souza no Recurso Extraordinário número 635.659, frisa em sua defesa oral que “a busca por alternativas – de combate ao tráfico de drogas – fora do sistema repressivo é uma tendência mundial”⁵. Fato indiscutível que leva, agora, cada vez mais países a reverem suas estratégias de combate ao crime organizado e a caminharem no sentido de mudar suas ações, adotando, dentre outras medidas, a descriminalização em alguns casos e, em outros, a legalização do uso de algumas drogas, de forma gradativa ou até de todas elas, reconhecendo os usuários como pessoas comuns, portadoras de direitos e possuidoras de livre arbítrio, capazes de decidirem as substâncias que podem e querem ou não utilizar, e, quando necessário, reconhecendo-os como viciados, doentes que necessitam de ajuda médica, psicológica e/ou psiquiátrica, e não como criminosos passíveis de penas restritivas de liberdade e de direitos por utilizarem ou portarem substâncias ilícitas, condenados a ingressarem em sistemas prisionais muitas vezes falidos e

⁵ Cf. Defensoria... (2015).

superlotados, como o brasileiro, chamado pelo ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, de “escola do crime”⁶, pelo fato constatado de que diversas vezes presos de baixo potencial ofensivo, por serem colocados em cadeias, juntos com criminosos de maior periculosidade e membros de facções criminosas, acabam saindo de lá associados ao crime organizado e aptos a causarem muito mais danos à sociedade do que antes. E é o que acontece. Quando reincidem em práticas delituosas, estas normalmente são mais graves do que as cometidas antes.

Entretanto, enquanto as mudanças tardam, mais pessoas são presas indevidamente, vítimas, no Brasil, de uma lei falha por não delimitar de forma objetiva, ainda que para servir apenas de base, quantidades que distingam o porte para uso pessoal do tráfico de drogas, deixando essa função nas mãos dos juízes, que pautam seus julgamentos baseados nos testemunhos policiais, que, por sua vez, possuem chancela para atuarem livremente nas periferias e bairros pobres, de forma discricionária, onde na maioria das vezes os presos são negros, jovens e de baixa renda, que não possuem condições de arcar com o custo de um advogado no momento de suas prisões. Luciana Boiteux, professora de Direito Penal e Criminologia da UFRJ, coloca a criminalização dos usuários como uma ferramenta estatal de segregação de minorias e como um mecanismo de exclusão⁷. É a essa segregação que o ministro do STF Luis Roberto Barroso se refere quando diz em seu voto no Recurso Extraordinário 635.659 que “é precisamente a má distinção entre usuário e traficante que faz com que pelas mesmas quantidades nos bairros abastados traficantes sejam considerados e os usuários nos bairros pobres sejam considerados traficantes.” Para o ministro, é aí que se inicia o genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, que são imersos na violência retroalimentadora do sistema, quando são presos como réus primários juntos com traficantes e aí passam a cursar a “escola do crime”, que é uma cadeia, e entram no ciclo vicioso da violência, que se inicia justamente com a primeira prisão⁸.

Em 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de medidas Socioeducativas do CNJ, em um levantamento inédito, que incluiu nas estatísticas as pessoas em prisão domiciliar,

⁶ Cf. G1 (2015).

⁷ Cf. Plataforma (2015b).

⁸ Cf. Growroom (2015).

concluiu que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos⁹. Número que colocou o Brasil em terceiro lugar no ranking mundial das maiores populações carcerárias, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, tendo superado a Rússia. O déficit, ou seja, a capacidade de vagas está superada em 354 mil unidades. Detalhe importante é que se fossem considerados os 373.991 mandados de prisão em aberto, o número ultrapassaria um milhão de pessoas. Ainda que sejam desconsideradas as prisões domiciliares, o déficit ainda seria superior a 250 mil vagas. O ministério da justiça apresentou dados também em 2014, apontando que o número da população carcerária brasileira havia aumentado mais de 400% em 20 anos. No Brasil, são 300 presos para cada 100.000 habitantes, enquanto que a média mundial de encarceramento, de acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, é de 144 presos para cada 100.000 habitantes. Ou seja, o Brasil ultrapassa o dobro da média mundial. Os números não possuem atualização para o ano de 2017, embora se acredite que não houve redução e se tenha uma média de crescimento anual de 7% da população carcerária, o que coloca o Brasil no contra-fluxo de países que desencarceram, dentre eles, até mesmo os Estados Unidos, que nos últimos levantamentos apresentou queda nas taxas de encarceramento¹⁰.

Todos os estados brasileiros possuem superlotação em seus presídios. Não há exceção. Da totalidade da população carcerária brasileira, aproximadamente um terço é composta por presos, condenados ou ainda em julgamento, pelo crime de tráfico de drogas, o que coloca o crime previsto no artigo 33 da lei 11.343/2006 a frente de crimes contra o patrimônio – como roubo e furto. Desta parcela da população carcerária, presa por tráfico, metade portava menos de 100 gramas de maconha e apenas quinze por cento portava arma de fogo no momento da abordagem policial. Em contrapartida, o rigor da lei faz com que cinquenta e oito por cento desses detidos sejam condenados a oito ou mais anos de prisão em regime fechado. Quando a análise foca apenas na população carcerária feminina, a porcentagem de mulheres presas pelo crime de tráfico de drogas sobe para sessenta por cento¹¹. Estes breves números mostram o descompasso que existe

⁹ Cf. CNJ (2017).

¹⁰ Cf. Fábio (2016).

¹¹ Cf. Pontes e Martins (2017).

hoje nas prisões entre usuários e traficantes e as penas que são impostas aos apenados.

O número de presos provisórios também é um fator que corrobora na superlotação dos presídios. Mais de trinta por cento dos presos no Brasil são provisórios, e destes, praticamente um terço também estão presos por tráfico de drogas. De acordo com o CNJ, o tempo médio que um preso provisório fica detido enquanto aguarda julgamento é de 368 dias, podendo chegar a até 974 dias em estados como o Pernambuco, enquanto que o considerado razoável seria 90 dias do momento da prisão até a primeira sentença condenatória.

Em 2005, antes da sanção da Lei 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, a população carcerária brasileira presa por tráfico de drogas era de 31.520 presos, o que representava 8,7% do total de presos. Em 2007, um ano depois da entrada em vigor da lei, o número já era de 62.494 presos; quase 50% maior. Hoje, doze anos depois, o número é de 182.779 presos, que agora representam 32,6% do total, mesmo sem dados de 5 estados (Alagoas, Bahia, Pernambuco, Piauí e Rio de Janeiro). Um aumento de 480% em pouco mais de uma década.

Os aumentos e desconformidades nas estatísticas levaram o Brasil a ser destaque no relatório anual de 2016 da ONG Human Rights Watch. O relatório diz que a lei de drogas de 2006 foi e é um fatos chave para o drástico aumento da população carcerária. O relatório reconhece que a lei avançou ao extinguir a pena de privação de liberdade para os usuários de droga, porém, frisa que a linguagem vaga do texto possibilita que usuários sejam presos e condenados como traficantes¹². A ONU, em seu relatório anual sobre drogas de 2014, afirmou que via como positivas as experiências de todos os países que despenalizaram ou descriminalizaram o uso de entorpecentes¹³. No mesmo relatório, mas no ano de 2015, a ONU coloca que as medidas adotadas nos estados americanos do Colorado e Washington State, que envolvem a legalização do uso e regulamentação do mercado, podem causar aos cartéis de drogas prejuízos na casa dos 3 bilhões de dólares e diminuir de 20 a 30 por cento o lucro desses cartéis¹⁴.

A nível nacional, algumas entidades reunidas (IBBCrim, Pastoral Carcerária Nacional, Associação de Juízes pela Democracia e o Centro de Estudos em

¹² Cf. Relatório (2015).

¹³ Cf. UNOC (2014).

¹⁴ Cf. UNOC (2015).

Desigualdade e Discriminação da UNB) elaboraram e enviaram ao congresso nacional, um texto contendo 16 propostas contra o encarceramento em massa, sendo a quarta delas, a diferenciação das condutas relacionadas ao uso e ao tráfico de drogas. O texto diz: “A lei de drogas que entrou em vigor em 2006 é um dos principais vetores de encarceramento no Brasil. O fato de não haver distinção entre usuários e traficantes faz com que muitos usuários sejam condenados como se traficantes fossem¹⁵.”

Desta feita, pode-se perceber o quadro caótico e desconforme do sistema penitenciário brasileiro, há muito excedido, saturado, incapaz de corrigir desvios de conduta e ressocializar, mas que ainda assim recebe novos apenados. O nível de crescimento da população carcerária no Brasil põe em estado de alerta instituições e organizações não só no país, mas em todo o mundo.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Como já levantado anteriormente, em 2006 foi sancionada e entrou em vigor a nova Lei de Drogas brasileira. Lei número 11.343/2006, que substituiu a Lei 6.369/1976. A nova lei trouxe modificações importantes e de relevante avanço, como por exemplo, a extinção das penas privativas de liberdade para os usuários de drogas. Porém, a lei de 2006 não especifica em suas linhas, mais precisamente no terceiro capítulo, que fala dos crimes e das penas, em seu artigo 28, onde trata do porte para consumo pessoal, quantidades de drogas que caracterizariam o porte para simples consumo. Vejamos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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 os 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.

¹⁵ Cf. 16 Propostas... (2017).

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

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais, 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.

Como se pode ver na letra da lei, por mais que não seja mais aplicada pena restritiva de liberdade a quem consuma ou porte drogas para uso pessoal, ainda são tratadas de forma criminal as infrações e a elas ainda se aplicam sanções de natureza penal. A lei não especifica, como já dito, quantidades limite que caracterizem e diferenciem o porte para uso pessoal do tráfico, deixando a critério do juiz, § 2º do artigo em comento, a avaliação das circunstâncias do ato ilícito. Ocorre que, normalmente, os juízes possuem como única fonte de testemunhos, os fatos narrados pelos policiais que atuam em cada caso concreto, deixando vaga e tendenciosa a avaliação dos fatos, de modo que muitas vezes os detidos não possuem a assistência de um advogado no momento da prisão por não terem condições financeiras para arcarem com os custos de uma assistência jurídica, levando com que muitos usuários detidos sejam indiciados como traficantes. Sobre isso, Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo disse em sua sustentação oral na ocasião do Recurso Extraordinário 635.659¹⁶:

O usuário não pode ser visto como criminoso. É necessário acabar com o argumento hipócrita de que a proibição protege o usuário ou o futuro usuário. Proteger o usuário de substâncias entorpecentes não é condená-lo, não é puni-lo. Não há no tratamento punitivo qualquer efeito bom, seja para o usuário ou para a sociedade. Pelo contrário, o tratamento penal parece uma efetiva fuga de responsabilidade do estado, que, ao invés de educar e tratar da saúde – tarefa mais árdua, é verdade – escolhe o caminho mais fácil, da punição, do discurso punitivo. E pior, dando para a sociedade a falsa garantia de que apenas a proibição e a repressão afastarão os nossos filhos das drogas. Discurso de fácil aceitação, mas falso e até mesmo irresponsável.

¹⁶ Cf. Defensoria... (2015).

Sobre a ausência de uma especificidade legal de quantidades que diferenciem o porte para consumo pessoal do tráfico, Muneratti coloca o seguinte, também em sua sustentação oral no plenário do STF:

É preciso o estabelecimento de critérios objetivos que norteiem as instâncias inferiores na definição de que vem a ser o porte para consumo de entorpecentes. Cabe à esta corte indicar parâmetros e apontar direcionamentos uma vez reconhecida a inconstitucionalidade apontada.

Ainda sobre o tópico da necessidade de especificidade de quantidades para o porte de drogas para consumo pessoal, Cristiano Ávila Maronna, presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBBCrim, disse em sua sustentação oral no julgamento do RE 635.659, na qualidade de *amicus curiae*, que “a determinação de critérios objetivos é fundamental para reduzir a discricionariedade excessiva que encarcera usuários como traficantes”.

Inclusive, é fato, como se pode constar em noticiários, que a subjetividade da lei é aplicada de forma segregatória, onde pessoas advindas de classes sociais altas, presas com grandes quantidades de drogas, sejam processadas como portadores de drogas para uso pessoal, enquanto outros, detidos em regiões periféricas, de baixa classe social, com pouca quantidade de drogas, sejam processados e condenados como traficantes. É bastante observar os dados do sistema prisional brasileiro, nos gráficos que apresentam as classes sociais dos detentos, para que se constate a realidade de tais afirmações.

O ministro Gilmar Mendes, relator do RE 635.659, disse em seu voto que é sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais aos seus consumidores, porém, ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é uma medida que parece ofender de forma desproporcional o direito à vida privada e a autodeterminação.

Correntes do direito veem no artigo 28 da lei 11.343/2006, fortes lesões à constituição federal brasileira. Deste ponto em diante, passaremos a analisar os pontos controversos de tais possíveis lesões.

3.1 A VIOLAÇÃO AO INCISO X DO ARTIGO 5º DA CRFB E AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE PENAL

Um dos mais respeitados constitucionalistas do país, o professor Paulo Bonavides diz em suas obras, à respeito das lesões aos princípios constitucionais, o seguinte: “A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem o princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para liberdades.”

A constituição da república trás no inciso X do artigo 5º, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. 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:

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Baseados neste inciso e concomitantemente com a interpretação do princípio da lesividade, diversos juristas do país apontam como inconstitucional o artigo 28 da lei 11.343/2006.

O princípio da lesividade constitui um princípio fundamental que legitima o direito penal no estado democrático de direito. Ou seja: É com base neste princípio que o estado se respalda para punir uma conduta que fira ou exponha a risco bens jurídicos penalmente tutelados, como por exemplo, a vida. Ou seja, não é atribuição do direito penal moderno punir condutas vistas como imorais ou impuras, nem condutas que não saiam da esfera da vida privada do agente, como a autolesão ou o suicídio.

Tal princípio, surgido no período iluminista (GRECO, 2016) com o intuito de desentranhar o direito da moral, possui quatro funções principais, sendo elas: A) Proibir a incriminação de uma atitude interna; B) Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; C) Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e D) Proibir a incriminação de condutas desviadas, mas que não afetam qualquer bem jurídico. Por tal embasamento é que não se pune o suicídio ou sua tentativa, pois não atingem terceiros, não escapam da esfera particular da vida do próprio autor. Ou seja, a liberdade do indivíduo como senhor de sua consciência, de suas escolhas e de duas ações é absoluta em sua intimidade, não sendo ele passível então de punição estatal.

Em audiência pública sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, realizada no senado federal em 2014, o juiz José Henrique Torres, do Tribunal de Justiça de São Paulo, disse sustentar em suas decisões que o artigo 28 da lei 11.343/2006 é inconstitucional, pois pune a autolesão, uma vez que o artigo citado frisa o porte para consumo pessoal. Para o juiz, o artigo 28 fere o princípio constitucional da lesividade, pois o crime só pode existir se houver austeridade. Completa ainda, dizendo que não se pode justificar a constitucionalidade do artigo considerando a saúde pública como um bem jurídico, pois o direito penal não permite criminalização com base em perigo abstrato. Conclui frisando decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que diz ser inadmissível a criminalização com base em perigo abstrato da conduta.

Pierpaolo Cruz Bottini, professor de Direito Penal da USP e representante do Instituto Viva Rio no RE 635.659, baseia sua tese de inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas por este afetar o artigo 1º, III, da Constituição Federal, que trata da dignidade da pessoa humana ou seja, correlaciona-se com a liberdade, autodeterminação e modo de vida de cada um. Para o jurista, o direito penal só pode atuar quando alguém extrapola essa dignidade e afeta a vida do próximo. Vejamos o artigo 1º, III, da CFRB:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – A dignidade da pessoa humana;

O Recurso Extraordinário número 635.659, em curso no Supremo Tribunal Federal, aprecia através de um caso concreto, mas com repercussão geral reconhecida, a possibilidade da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. E é com base, dentre outros argumentos, na união do décimo inciso do artigo 5º da Constituição Federal com o princípio da lesividade, que os ministros que já votaram e juristas que participam da causa como *amicus curiae* pautam seus votos e suas sustentações orais, respectivamente. Augusto de Arruda Botelho, que atuou no Recurso Extraordinário como representante do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, disse na sua fala o seguinte¹⁷:

¹⁷ Cf. Plataforma (2015a).

A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal deve ser iniciada nessa casa. Casa cuja responsabilidade é de controle constitucional da lei. O reflexo da decisão da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas deve levar a uma revisão mais ampla da política de drogas fracassada no nosso país.

Ora, se é garantia constitucional do cidadão a privacidade, a intimidade e a autodeterminação, como direitos fundamentais e se o estado não possui o condão de punir criminalmente atitudes que ameacem ou lesem bens jurídicos penalmente tutelados, que se descriminalize o porte de drogas para consumo pessoal. Claus Roxin, um dos mais influentes juristas penais da Alemanha diz sobre o tema que “impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do Direito Penal” (ROXIN, 2006). Porém, ainda que descriminalizado o porte, os usuários de drogas permaneceriam basicamente obrigados a manter um contato decerto indesejado com o tráfico de drogas para terem acesso aos entorpecentes, que ainda possuem comercialização proibida.

O advogado criminalista e professor de Direito Penal da USP, David Teixeira de Azevedo, representante da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina e da Associação Brasileira de Estudos do Alcool e Outras Drogas colocou-se em sua sustentação oral contra a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, sob a crença de não haver inconstitucionalidade no artigo 28 da Lei 11.343/200 (BRASIL, 2006), uma vez que ao seu ver não existe pena para quem porta droga para consumo pessoal, mas sim, medidas preventivas. O advogado argumenta seu posicionamento a favor da intervenção estatal para casos de posse para uso pessoal de drogas sem que haja ferimento à liberdade individual comparando com situações onde o estado intervém na vida pessoal dos cidadãos quando, por exemplo, obriga que o condutor de um veículo automotor e seus passageiros utilizem o cinto de segurança ou capacetes. Contudo, parece desconsiderar na justificativa, que as intervenções estatais em situações como a dos exemplos dados são de cunho administrativo e não penal, de forma que mantém intocado o argumento de que o artigo 28 da lei de drogas fere o princípio da lesividade penal, que, como já visto, versa que, para o estado punir criminalmente uma conduta, ela tenha que atingir bens tutelados ou terceiros. Desta feita, parece ser mais coerente que fosse defendida a alteração da aplicação de medidas preventiva de cunho penal para medidas preventivas de cunho administrativo. Ainda em sua sustentação oral, o advogado David Teixeira não esboçou intuito de

defender que o estado intervisse então, também, na vida de usuários de álcool ou tabaco, substâncias entorpecentes lícitas, mas tão ou mais maléficas que outras drogas como a maconha.

Os ministros que já votaram estão minimalizando seus votos, de modo a conter suas decisões apenas no âmbito da droga em questão. No caso concreto, qual seja, a maconha. Prosperando a decisão no sentido de descriminalizar o porte para consumo pessoal da maconha, chega-se ao ponto principal deste trabalho. A possibilidade dos usuários da maconha plantarem sua erva em suas residências, com base nos mesmos argumentos que embasam a decisão de descriminalizar o porte: Privacidade, intimidade, autodeterminação e princípio da lesividade.

Sobre este ponto, o Ministro Luis Roberto Barroso diz em seu voto no Recurso Extraordinário em tela que é real a necessidade de um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir o porte para uso pessoal e consumo de tráfico e que, se prosperar a tese da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas e for descriminalizado o porte da maconha para consumo pessoal, será necessário que haja pelo menos uma fonte legítima de acesso. E para o ministro, a forma mais clara de legitimar o acesso, seria através da possibilidade do autocultivo, uma vez que no próprio texto do artigo 28, em seu primeiro parágrafo penaliza quem “semeia, cultiva ou colhe”. Ou seja, justamente o autocultivo. De forma a avançar ainda mais em sua decisão, Barroso estabelece ainda a possibilidade de que cada residência tenha até seis plantas fêmeas, que são as capazes de dar frutos. Barroso diz ainda sobre a necessidade da especificação de quantidades e possibilidade do autocultivo que¹⁸:

O direito nunca deve ser lotérico e, por tanto, saber se o jovem que é preso é usuário ou traficante não deve ficar sem parâmetros à discricionariedade plena da autoridade policial ou do juiz, pois cada autoridade policial pode interpretar de um jeito e cada juiz pode interpretar de outro. É péssimo para o direito que pessoas em igual situação sujeitem-se a regimes jurídicos diversos. O direito existe para tornar as pessoas tão iguais quanto seja possível torná-las.”

E complementa:

“A inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu por qualquer pessoa que lide com o sistema e é destacada por todos os estudiosos que lidam com o tema.”

¹⁸ Cf. Growroom (2015).

Tais argumentos parecem tornar fática a necessidade de especificação de quantidades e também da possibilidade do autocultivo, seja pelo argumento jurídico do direito à intimidade e à vida privada, onde cada pessoal faz de si o que deseja desde que não afete terceiros, seja pelo argumento social da desestigmatização do usuário, que poderá ter acesso ao seu entorpecente de forma não criminal, sem contato com o tráfico de drogas e até mesmo buscar auxílio médico para abandonar seus vícios, uma vez que o preconceito social afasta o usuário da busca por tratamentos.

4 A DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS, EM ESPECÍFICO DA MACONHA E DO SEU AUTOCULTIVO NO MUNDO.

Atualmente, cada vez mais países tendem a abrir o debate acerca da descriminalização e legalização das drogas, haja vista a busca por novos meios de combate ao narcotráfico e ao crescente número de consumidores e a necessidade de reconhecer os usuários como sujeitos de direitos não passíveis de punições por usarem drogas tidas como ilícitas.

Portugal, pioneiramente, descriminalizou todas as drogas no ano 2000. À época, houve repreensão de vários setores da comunidade internacional e até mesmo da ONU, para a decisão tomada no país¹⁹. Contudo, os resultados não tardaram. Houve redução no número de consumidores, que era esperado por muitos que subisse, redução também no número de overdoses e até mesmo redução no número de novas infecções por HIV. O Brasil está nessa fase do debate – descriminalização – mais de 15 anos depois, enquanto para os lusitanos o modelo de descriminalização já é ultrapassado e agora se debate a legalização. Em 2013 o parlamento português debateu a legalização do autocultivo da maconha, vendo a medida como necessária para que houvesse conformidade com a lei, que já não penalizava mais o consumo da droga. No documento apresentado pelo BE (Bloco de esquerda) é dito que “A descriminalização por si só não responde ao problema principal, uma vez que não deixa nenhuma alternativa ao consumidor, que não seja a aquisição no mercado ilegal.”²⁰, ou seja, em contato com o tráfico. O documento aponta evidente contradição entre a proteção do consumidor e a proibição do

¹⁹ Cf Ferro (2016).

²⁰ Cf. Grupo...(2013).

autocultivo, que também não prejudica terceiros e contribui para o combate ao tráfico de drogas. Por mais que ainda não seja legalizado o autocultivo, as autoridades policiais portuguesas não realizam caçadas em busca de usuários que cultivem suas plantas para o próprio consumo.

No dia 04/06/2015, a Terceira Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Chile absolveu definitivamente Paulina González Céspedes, psicóloga e Milton Flores Gatica, psiquiatra, anteriormente condenados pelo Tribunal Oral por autocultivo de maconha sem a autorização do Serviço Agrícola e Pecuário chileno. A sentença foi revogada e alterada, de forma que se estabeleceu na ocasião um marco jurídico no país, uma vez que a justiça não criminalizaria mais o cultivo para uso pessoal da maconha, forçando a reflexão dos legisladores do país. Pouco mais de um mês depois, no dia 07/07/2015, a Câmara dos Deputados do Chile aprovou os termos gerais do projeto que legaliza o autocultivo da maconha tanto medicinal quanto recreativamente, como mais uma medida para descriminalizar o uso e combater o tráfico. A deputada Karol Cariola disse ser aquele, um dia histórico contra o narcotráfico. A deputada Camilla Vallejo argumentou ainda que, quando um usuário deseja obter sua maconha e não pode cultivá-la, ele recorre ao tráfico e é este contato com o tráfico – e não a droga em si – que o expõe a drogas mais pesadas, como cocaína e crack (pasta base). Ou seja, a verdadeira “porta de entrada para drogas mais pesadas” não é a maconha, mas sim o contato do usuário com traficantes²¹.

Na Argentina, o autocultivo de maconha não é legalizado, mas em 2012 uma decisão da II Sala da Câmara Federal de La Plata, declarou a inconstitucionalidade de um parágrafo de uma lei que penaliza quem planta, cultiva ou armazena sementes que podem ser utilizadas para produzir entorpecentes para consumo pessoal. Os integrantes da II Sala, que poderia ser comparada às Turmas dos tribunais brasileiros, consideraram que o cultivo de maconha para uso pessoal se enquadra no âmbito das ações privadas protegidas pela Constituição Argentina. Em 2015 já eram mais de cem “grow shops” na argentina. São lojas especializadas em insumos e orientações para o plantio da maconha. Desde que os estabelecimentos não vendam plantas e sementes, estão dentro da lei e, embora o tipo de jardinagem que estimulam seja ilegal, por se parecer à apologia, é usual e tolerado pela polícia.

²¹ Cf. Agora... (2015).

Entrevistado pelo jornal brasileiro Estadão, um engenheiro identificado apenas como Adrián, de 36 anos, disse que cultivava sua própria maconha para ter acesso a um entorpecente de procedência, de melhor qualidade e para se manter afastado dos traficantes.

Como já citado anteriormente neste trabalho, o Uruguai se tornou um país pioneiro em todo o mundo, pois foi o primeiro a legalizar e regulamentar completamente a maconha em seu território. Em 2014, um ano após a legalização e regulamentação no Uruguai, em uma sessão de debates da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa no Senado brasileiro, o Secretário Nacional de Drogas do Uruguai, Julio Heriberto Calzada, afirmou que o país havia conseguido reduzir a zero as mortes ligadas ao uso e ao comércio da maconha. Outra mudança percebida com base em testemunhos de usuários foi que, com a maconha proveniente do autocultivo, mais pura, reduziu-se o tempo e a frequência de uso da erva, se comparado com a maconha proveniente do tráfico, chamada de “paraguaia”.

O Brasil caminha a passos curtos no caminho alternativo à política de repressão às drogas, embora cada passo, por mais que seja curto, tenha importante relevância. A população tem se mostrado cada vez mais aberta ao debate. No site do Senado Federal, uma sugestão de audiência pública enviada por um cidadão em 2014, com o objetivo de debater o autocultivo de maconha para consumo próprio rapidamente chegou aos dez mil apoios necessários para ser encaminhada à Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado.

Os avanços legislativos ainda não chegaram, mas enquanto isso, a justiça garante mudanças que são importantes, sobretudo, para aqueles que dependem da maconha por questão de saúde. O canabidiol (CBD), presente na maconha, saiu da lista de medicamentos proibidos da ANVISA e figura agora na lista de substâncias controladas. A substância agora pode ser prescrita por médicos, porém, o acesso ainda se dá por meio de importação, o que complica os pedidos, pois demora, e encarece o custo final para os doentes.

Em 2016 a justiça brasileira concedeu nos três últimos meses do ano, três salvo condutos para que pudessem plantar maconha em suas residências com o objetivo de produzir extratos que pudessem ser usados medicinalmente por seus filhos. No estado do Alagoas um aposentado de 70 anos que passava por tratamento de câncer foi absolvido pela justiça por plantar e armazenar maconha

para o seu próprio consumo. A sentença disse que “se a conduta não extrapola o âmbito individual, o estado não pode criminalizar a conduta”, em claro acordo com o princípio da lesividade penal, já discuto neste trabalho. Em 2015, a juíza Silvana Amneris Rôlo Pereira Borges, titular da 6ª Vara Criminal de Santos, inocentou um médico de 27 anos da acusação de tráfico de drogas por cultivar maconha para consumo próprio em seu apartamento. Em 2017 a 6ª Turma da corte superior do STJ decidiu, seguindo parecer do MPF, que a importação de sementes de maconha não tipifica o crime de tráfico, pelo fato das sementes não possuírem THC, que é a substância psicoativa da maconha. Foi a primeira vez que o MPF se colocou publicamente a favor da descriminalização das drogas.

Como dito, os avanços chegam aos poucos e infelizmente não chegam pela via mais segura para o consumidor, que seria a via legislativa. Pessoas podem ser presas até que sejam absolvidas das acusações de tráfico pela justiça. Crianças sofrem dezenas de crises convulsivas por dia até que seus pais consigam o acesso aos remédios que cessam as crises ou então até que se arrisquem plantando a maconha em suas residências. Os precedentes nas mais variadas áreas do uso da maconha já existem, porém, o nosso sistema falho e lento torna a espera pelos avanços ainda mais demorada.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, torna-se perceptível que o atual cenário nacional possui uma política de drogas ultrapassada associada a uma lei falha, que permite que pessoas de bem, sem relacionamento com o crime, sejam presas como se criminosas fossem. E mais; a atual política repressiva é também segregatória, pois prende majoritariamente jovens negros e pobres, residentes em regiões periféricas, muitas vezes sem antecedentes criminais, mas que, condenados, passam a se relacionar com o crime, saindo das prisões associados ao tráfico, de forma que voltam a reincidir em crimes mais pesados, caindo no ciclo vicioso da marginalidade. Historicamente a maconha teve o seu consumo associado às classes pobres e discriminadas. Embora saibamos que hoje o uso da maconha seja feito por pessoas de todas as classes sociais, continuam sendo os pobres a serem perseguidos pelo seu uso.

As cadeias do Brasil estão superlotadas, de forma que o objetivo da ressocialização torna-se ainda mais difícil, embora tal objetivo nunca tenha sido levado a sério de fato. Um terço da população carcerária está presa pela incorrência no mesmo crime; tráfico. Nas penitenciárias femininas o número ultrapassa os 60%. Estes números cresceram vertiginosamente após a implementação da atual lei de drogas, o que coloca o Brasil no fluxo contrário ao de outros países, que buscam desencarcerar. Várias entidades e autoridades atribuem o aumento no número de prisões à atual lei de drogas, que é vaga e permite que usuários sejam presos como traficantes e até mesmo que traficantes fiquem presos em tempo desproporcional aos delitos cometidos.

A intenção do presente trabalho não é de fazer apologia às drogas. É sabido o potencial ofensivo da maconha e de outras drogas ilícitas, assim como também é sabido os malefícios de drogas lícitas como o álcool ou o tabaco. O objetivo desta pesquisa é apontar uma nova política, que fuja da violenta política repressiva, que encarcera e mata sem chegar nem perto de dar uma solução ao problema do tráfico, do encarceramento indiscriminado, baseando-se na fática inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, que criminaliza o porte e o cultivo de maconha para uso pessoal, embora, como o próprio artigo oferece, as condutas são para uso pessoal daqueles que as praticam, ou seja, condutas internas, que não ofendem nem põem em risco os direitos ou integridades de terceiros e, como vimos, o estado não tem o condão, por meio do direito penal, de punir condutas que não extrapolem a esfera pessoal de cada indivíduo, haja vista termos a intimidade, a privacidade e a autodeterminação como garantias asseguradas constitucionalmente. Oferecer aos usuários opções que lhe permitam se afastar do tráfico de drogas com um meio de obterem seu entorpecente que não seja por meio do contato com os traficantes. Permitir que pais de família possam cultivar em casa o remédio para seus filhos, assim como se planta uma erva comum para produção de chá. A intenção do presente artigo é tornar clara a possibilidade de uma política que vise a educação e o tratamento médico para os que necessitam, de forma que o consumo diminua porque as pessoas sabem que o uso de tais substâncias trazem malefícios e para os que utilizam, a possibilidade de tratamento a fim de abandonar o uso.

Uma nova política de combate às drogas pode ser realizada sem armas, oferecendo aos usuários a possibilidade de adquirir seu entorpecente sem que sejam criminalizados nem julgados pela sociedade por terem escolhido fazer uso de

determinada substância assim como quem escolheu fazer uso do tabaco, por exemplo.

O Brasil tem dado curtos, mas importantes passos, sobretudo por vias judiciais, rumo a uma nova política de drogas. Todavia, a via judicial é morosa. O Recurso Extraordinário tratado neste trabalho está parado há dois anos e sem previsão de ser novamente colocado em pauta. A população precisa de uma mudança mais efetiva e veloz, haja vista que a descriminalização pode gerar reflexos relevantes na segurança pública, com a redução da criminalidade. Essa mudança precisa vir do poder legislativo, que deve abrir cada vez mais espaço para o debate das drogas, a fim de amadurecer ideias e implementar uma nova política que não segregue, que não torne diferentes os que são iguais em detrimento de suas classes sociais ou da cor de sua pele.

O estado não pode se restringir a combater as drogas apenas por meio da repressão esperando que de tal conduta surja a redução do consumo. Insistir em política pública que não funciona, experimentada por décadas, é fechar os olhos para a realidade. É necessário enxergar os fatos que nos rodeiam. O estado precisa desestimular o consumo por meio da educação, tratar os dependentes e combater o tráfico na figura dos traficantes, dos que de fato delinquem.

O professor brasileiro de literatura Fernando Teixeira de Andrade [200-?], escreveu em um de seus poemas que:

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

É necessário mudar. O cidadão que opta por usar qualquer substância que seja não pode ser submetido às sanções penais do direito e da justiça sem ter ofendido nada nem ninguém que não ele mesmo. O estado não possui esse direito. Novos meios devem ser debatidos, estudados e implementados. A atual e, ao mesmo tempo, ultrapassada política repressiva de combate às drogas dos anos 70 já teve o seu prazo de validade expirado e não atingiu o seu objetivo. O tráfico de drogas nunca foi efetivamente freado, reduzido. O número de novos usuários nunca foi controlado. A sociedade não pode mais ser vítima de uma política de segurança pública prejudicada pelo exorbitante número de apenados no sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

16 Propostas Contra O Encarceramento Em Massa. **Instituto de ciências criminais (IBCCRIM)**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

AGORA NO SENADO. Deputados aprovam descriminalização da maconha no Chile: Medida se refere ao autocultivo para fins recreativos e medicinais. **Gaucha ZH**, 7 jul. 2015. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/07/deputados-aprovam-descriminalizacao-da-maconha-no-chile-4796908.html>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

ANDRADE, Fernando Teixeira. **O medo: o maior gigante da alma**. [S.l.: s.n.], [200-?].

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

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. História da maconha. Linha do tempo cannabica. Disponível em: <<http://www.diariodaerva.com/p/linha-do-tempo.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n 11.343 de 23 de agosto de 2006**: Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n 11.343 de 23 de agosto de 2006**: Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Maconha**: de onde veio, o que causa?. Disponível em: <[http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=337&msg=Maconha:%20de%20onde%20veio,%20o%20que%20causa?](http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=337&msg=Maconha:%20de%20onde%20veio,%20o%20que%20causa?>)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. **Agência CNJ de Notícias**, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DEFENSORIA SP. Sustentação oral STF: defensor público Rafael Ramia Muneratti. **YouTube**, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DgW78AI01c0>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

FÁBIO, André Cabette. EUA, Rússia e China reduzem taxa de presos: Brasil aumenta, **Jornal Nexo**, 27 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/04/27/EUA-R%C3%BAssia-e-China-reduzem-taxa-de-presos.-Brasil-aumenta>> Acesso em: 10 nov. 2017.

FERRO, Carlos. **Estratégia nacional para a droga é exemplo**: vai ser explicada na ONU. **DN**, Portugal, 18 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.dn.pt/portugal/interior/estrategia-nacional-para-a-droga-e-exemplo-vai-ser-explicada-na-onu-5130881.html>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

G1. **Cardozo diz que presídios do país são 'verdadeiras escolas do crime'**. 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/cardozo-diz-que-presidios-do-pais-sao-escolas-do-crime.html>> Acesso em: 9 nov. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GROWROOM. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso – STF – Descriminalização. **YouTube**, 10 set. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z8LhuORvmko>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

GRUPO PARLAMENTAR. **Legaliza o cultivo de canábis para consumo pessoal e cria o enquadramento legal para os clubes sociais de canábis**. 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.beparlamento.net/legaliza-o-cultivo-de-can%C3%A1bis-para-consumo-pessoal-e-cria-o-enquadramento-legal-para-os-clubes-socia>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

PLATAFORMA BRASILEIRA DE POLÍTICA DE DROGAS. Augusto de Arruda Botelho - Descriminaliza STF. **YouTube**, 23 ago. 2015a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dRXdDtLQ07Y>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

PLATAFORMA BRASILEIRA DE POLÍTICA DE DROGAS. Luciana Boiteux, pela ABESUP – Descriminaliza STF. **YouTube**, 23 ago. 2015b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_JrU5zTVyXQ>. Acesso em: 9 nov. 2017.

PONTES, Felipe; MARTINS, Helena. População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil. **Agência Brasil**, Direitos Humanos, 26 ago. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no>> Acesso em: 10 nov. 2017.

RELATÓRIO Mundial 2016: Brasil. **Eventos de 2015**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ROBINSON, Rowan. **O grande livro dos Cannabis**: guia completo de uso industrial, medicinal e ambiental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-PT&lr=&id=PjPoa0jcyDsC&oi=fnd&pg=PR9&dq=%22amino%C3%A1cidos%22+prote%C3%ADnas+++c%C3%A2nhamo+composi%C3%A7%C3%A3o+%22Cannabis+sativa+L.%22+&ots=7HU-kZcqF9&sig=jngb08sTciF6TyC-oxHwpbD3yeY#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 out. 2017.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Darlan Ferreira dos. **Estudo sobre a maconha**. Disponível em: <<http://www.sosestudante.com/biologia/estudo-sobre-a-maconha.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Prevalência do uso de drogas no mundo permanece estável, diz Relatório Mundial sobre Drogas do UNODC**. 2014. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2014/06/26-world-drug-report-2014.html>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas de 2015, o uso de drogas é estável, mas o acesso ao tratamento da dependência e do HIV ainda é baixo**. 2015. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/06/26-relatorio-mundial-sobre-drogas-de-2015-o-uso-de-drogas-e-estavel-mas-o-acesso-ao-tratamento-da-dependencia-e-do-hiv-ainda-e-baixo.html>>. Acesso em: 11 nov. 2017.