

**MULTIVIX – FACULDADE CAPIXABA DE NOVA VENÉCIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A INEFICÁCIA SOCIAL E JURÍDICA DA  
DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA NO  
BRASIL**

**AMANDA FELIPE  
JULIANA CERQUEIRADA SILVA  
LAÉLIO PEREIRA ROLIM**

**NOVA VENÉCIA – ES  
2019**

**A INEFICÁCIA SOCIAL E JURÍDICA DA  
DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA NO  
BRASIL**

**AMANDA FELIPE  
JULIANA CERQUEIRA DA SILVA  
LAÉLIO PEREIRA ROLIM**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
em Direito, apresentado à Faculdade Capixaba  
de Nova Venécia – MULTIVIX, como  
requisito parcial para obtenção de título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Thiago Gomes Bittencourt

**NOVA VENÉCIA – ES  
2019**

# **A INEFICÁCIA SOCIAL E JURÍDICA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA NO BRASIL**

**AMANDA FELIPE  
JULIANA CERQUEIRA DA SILVA  
LAÉLIO PEREIRA ROLIM**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, apresentado à Faculdade Brasileira – MULTIVIX, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado (a) em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_

## **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Thiago Gomes Bittencourt  
Faculdade Brasileira – MULTIVIX  
Orientador

---

Título e Nome do Prof<sup>o</sup>  
Faculdade Brasileira – MULTIVIX  
Examinador

---

Título e Nome do Prof<sup>o</sup>  
Faculdade Brasileira – MULTIVIX  
Examinador

## **A INEFICÁCIA SOCIAL E JURÍDICA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA NO BRASIL**

**Amanda Felipe<sup>1</sup>**  
**Juliana Cerqueira da Silva<sup>2</sup>**  
**Laelio Pereira Rolim<sup>3</sup>**  
**Thiago Gomes Bittencourt<sup>4</sup>**

### **RESUMO**

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, onde um homem foi condenado a prestação de serviços comunitários por portar 3 (três) gramas de maconha na ocasião, e na iminência do julgamento deste recurso, tem – se aumentado o debate sobre as consequências de uma possível descriminalização do porte da maconha, motivando a realização dessa pesquisa. O presente estudo pôde ser realizado utilizando uma pesquisa exploratória bibliográfica, através de fontes primárias e secundárias, que permite ao leitor, uma maior reflexão quanto as consequências de uma possível descriminalização do porte da maconha, explicando que não seria possível contar com os benefícios de eventual legalização da mesma, e caracterizaria uma posição estatal permissiva do consumo a elas, podendo gerar consequentes danos à saúde pública e fomento ao tráfico. De tal forma também ficou demonstrado que a criminalização do porte de drogas não fere o direito a intimidade e a vida privada do usuário, já que tais direitos são relativizados em detrimento a primazia do interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Maconha. Drogas. Descriminalização. Legalização. Porte.

### **ABSTRACT**

The Federal Supreme Court requested the general repercussion of the Extraordinary Appeal filed by the Public Defender's Office of the State of São Paulo, where a man was ordered to provide services for carrying three (3) grams of marijuana at the time, and in the imminence of the following judgment, it has increased the debate about the consequences of a possible decriminalization of marijuana possession, leading to accomplish this research. The present

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – MULTIVIX.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – MULTIVIX.

<sup>3</sup> Graduando do Curso de Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – MULTIVIX.

<sup>4</sup> Professor Orientador do Curso de Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – MULTIVIX.

study could be performed using an exploratory bibliographic research, through primary and secondary sources, which allows the reader, a greater reflection on the consequences of a possible decriminalization of marijuana possession, explaining that it could not be seriously possible to count on the possible legalization benefits of itself, and it would characterize a permissive state position of consumption to them, which could generate consequent damages to public health and promotion of trafficking. It was also demonstrated that the criminalization of drug possession does not hurt the user's right to intimacy and privacy, since such rights are relativized to the detriment of the primacy of the public interest.

**KEYWORDS:** Weed. Drugs. Decriminalization. Legalization. Postage.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 METODOLOGIA.....</b>	<b>5</b>
<b>3 A INEFICIÊNCIA SOCIAL E JURÍDICA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA CONSUMO PRÓPRIO.....</b>	<b>6</b>
3.1 HISTÓRIA DA MACONHA NO BRASIL.....	6
3.2 INSTITUTOS DA DESPENALIZAÇÃO, DESCRIMINILIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA MACONHA .....	8
3.2.1 Natureza Jurídica do Artigo 28 da Lei 11.343/06 .....	9
3.3 ANÁLISE DOS POSICIONAMENTOS CONTRA E A FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA. ....	10
3.3.1 A favor da descriminalização.....	10
3.3.2 Contra a descriminalização .....	13
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>5 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>15</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A descriminalização do porte de maconha no Brasil é um problema social, por isso, dever do Estado a sua prevenção e a concessão de tratamento aos seus usuários, pois os efeitos negativos pelo porte para consumo ultrapassa a esfera de proteção dos direitos do indivíduo em si, repercutindo em toda a coletividade, além dos reflexos na economia.

Dessa forma, a maconha passou por uma sequência cronológica de tratamento legal ao longo dos anos, em que inicialmente não havia qualquer repressão, até porque se acreditava na cura medicinal que proporcionava; logo depois, os traficantes e usuários foram tratados da mesma forma pela lei; após, houve uma separação e penalização diferente entre eles, passando pela criminalização do porte para consumo, pela despenalização e por fim, nos tempos atuais em que se replica a viabilidade ou não da descriminalização do porte da maconha.

O levantamento desses debates dos que são a favor e contrários à descriminalização do porte da maconha serão apresentados no presente estudo para que seja feita uma comparação entre os ideais, contudo, defendemos o posicionamento da ineficácia dessa descriminalização no país, com base nos entendimentos consolidados por especialistas no assunto, cuja abordagem se delimitará na esfera social e jurídica.

Destarte, analisando a essência dos critérios da legalização, descriminalização e despenalização é que se chegará ao completo entendimento do que tem se discutido sobre o tema para, finalmente, abordar a decisão do STF em sede de julgamento marcado para o mês de junho (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, acesso em 19 de mar.2019).

## 2 METODOLOGIA

O presente estudo consiste em uma pesquisa de natureza exploratória acerca do tema proposto, buscando entender a relação e os impactos sociais e jurídicos da descriminalização do porte de maconha para uso pessoal na saúde pública e no tráfico de drogas.

Conforme o entendimento de Selltiz et al. (*apud* GIL, 2018, p. 26), pesquisas exploratórias:

[...] têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. Seu planejamento tende a ser bastante flexível, pois interessa considerar os mais variados aspectos relativos ao fato ou fenômeno estudado. A coleta de dados pode ocorrer de diversas maneiras, mas geralmente envolve: 1. levantamento bibliográfico; 2. entrevistas com pessoas que tiveram experiência prática com o assunto; e 3. análise de exemplos que estimulem a compreensão. (GIL, 2018, p. 26)

Nesse sentido, os métodos para a coleta de dados serão feitos através de um levantamento bibliográfico, consistentes na reunião de informações capazes de embasar a hipótese proposta. Segundo Gil (2018, pag. 28): “A pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos. ”

A coleta de dados será feita através do uso de fontes secundárias para a elaboração do presente trabalho, Lakatos e Marconi definiram que:

A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc., até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas. (LAKATOS E MARCONI, 2003, p. 182)

Desta forma, será utilizado doutrinas referentes ao assunto e artigos científicos além de outras fontes necessárias como, revistas e jornais para melhor elucidação do tema.

### **3 A INEFICIÊNCIA SOCIAL E JURÍDICA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA CONSUMO PRÓPRIO**

#### **3.1 HISTÓRIA DA MACONHA NO BRASIL**

Historiadores acreditam que a maconha, como popularmente é conhecida ou “*Cannabis Sativa*”, nome científico, chegou ao Brasil por volta do ano de 1549, trazida pelos escravos africanos, que já faziam o uso da mesma à época em rituais tribais e trouxeram para cá a prática de “fumar” à maconha. A partir de então o uso da maconha começou a se espalhar entre os negros africanos e também os índios, começando a ser então cultivada para uso próprio. (CARLINI, E A; RODRIGUES, E; GALDURÓZ, JCF, 2005, acesso em 15 de mai.2019).

Outra destinação milenar da maconha foi o uso medicinal da planta, que ao fim do século XIX fazia parte das pesquisas médicas ocidentais e foi introduzida no Brasil, através dos europeus colonizadores, onde começou a ser utilizada também no combate a bronquites, asma e problemas na laringe. (PRESTES, 2012, acesso em 21 de mai.2019).

O Primeiro passo de proibição penal de drogas no Brasil, dentre elas a maconha, ocorreu ainda no regime militar, através do “Ato Institucional Cinco” em que os usuários, muitos deles rebeldes militantes contra o regime, eram presos e condenados na mesma proporção que os próprios traficantes.

Somente anos depois, em 1976, através da lei de número 6.368 que usuários e traficantes passaram a ter atribuição de penas diferentes, mesmo assim, há época, ainda havia previsão de pena restritiva de liberdade, podendo o usuário ser condenado em até dois anos de prisão, entretanto, o crime era afiançável.

Posteriormente tivemos ainda a aprovação das leis 10.259 em 2001 e 10.409 no ano seguinte, que transferiu a competência para julgar os crimes de porte de drogas para consumo próprio e trouxe a previsão de outros meios de penas alternativas, dentre elas o pagamento mediante doação de cestas básicas.

Por fim, tivemos no ano de 2006 a promulgação da lei 11.343, intitulada assim como Lei de Drogas, revogando as leis anteriores e regulamentando o tema até os dias atuais. Dentre as diversas mudanças introduzidas pela lei 11.343/06, a mais significativa delas para este estudo foi a abolição da pena privativa de liberdade para quem portasse droga para consumo próprio, conforme artigo 28 da respectiva lei, em seu livro Cleber Masson acredita que:

O legislador partiu da premissa de que a prisão de tal pessoa não produz benefícios reais à sociedade, notadamente porque obsta o tratamento de eventual dependência química e insere o “consumidor” em um sistema carcerário falido, muitas vezes dominado por facções criminosas que comandam o tráfico de drogas, correndo-se o risco de cooptação dos usuários. (MASSON, 2019, pag. 09)

Nessa perspectiva então o legislador entendeu que o uso de drogas também era questão de saúde pública e trouxe a previsão das chamadas penas alternativas, em seu livro MASSON, Cléber (2019, pag. 22-26) trata sobre elas, quais sejam; a (a) advertência, que consiste em uma admoestação verbal do juiz ao apenado, reduzida a termo e assinada por ele, a (b) prestação de serviços à comunidade, que deverá ser cumprida em entidades educacionais ou

assistenciais, programas comunitários ou hospitalares, que preferencialmente se ocupem com trabalho de prevenção ao uso de drogas ou recuperação de dependentes e usuários, e ao (c) comparecimento à programa sócio - educativo, que a princípio a doutrina entende que o foco do programa esteja relacionado a reabilitação dos usuários e prevenção do consumo de drogas, entretanto, nada obsta que tal programa tenha foco em cursos de especializações profissionais, visto que a prática de uma atividade laborativa pode contribuir para uma ressocialização do usuário e deixando – o menos vulnerável ao uso de drogas.

Dessa forma, tivemos então a dissolução daqueles que eram traficantes de drogas com os que a portavam para consumo próprio, havendo assim uma maior equidade no tratamento dos agentes no âmbito penal, mas que talvez tenha custado a ineficácia das finalidades preventivas e punitiva da pena, trazendo certa sensação de impunidade, visto o caráter brando que elas possuem, mas que não pode, nem deve ser confundido com a descriminalização da conduta, pois a mesma ainda é tipificada como crime na própria Lei de Drogas, tema que já chegou a ser discutido pelo próprio Superior Tribunal Federal e que será abordado no nosso próximo tópico.

### 3.2 INSTITUTOS DA DESPENALIZAÇÃO, DESCRIMINILIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA MACONHA

É importante deixar claro que despenalização e descriminalização são institutos completamente diferentes no ordenamento jurídico, enquanto a primeira refere – se a pena suprimida do tipo penal ou até mesmo o seu abrandamento, a segunda está para a não incidência da conduta na esfera criminal, inexistindo assim o crime e conseqüentemente a pena.

Dessa forma, “adquirir, guarda, ter em depósito, transportar ou trazer consigo” drogas para consumo próprio, qualquer que seja o núcleo do tipo, é conduta com previsão legal na referida Lei de Drogas em seu artigo 28, *caput*, que constitui crime e incorre a ser submetido as penas previstas nos incisos, I, II, III do referido artigo e em caso de descumprimento das mesmas, ainda aplica – se outras medidas conforme §6º, 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.
- [...]

§ 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. (BRASIL, 2006)

Esse tema já gerou grande discussão na doutrina, pois os crimes conforme artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal é definido como aquele que comina em pena de reclusão ou detenção, diferentemente do artigo 28 da Lei de Drogas, que não utiliza nenhuma delas, conforme vimos anteriormente, situação que trouxe então à tona o debate sobre a natureza jurídica do artigo.

### **3.2.1 Natureza Jurídica do Artigo 28 da Lei 11.343/06**

Dentre as teorias sobre a Natureza Jurídica do artigo 28, a mais aceita entre a doutrina e adotada pela Jurisprudência, é de que a conduta constitui crime, isso porque, a começar pelo capítulo em que se encontra inserida na referida Lei de Drogas, de título “Dos crimes e das penas”, ela também possui previsão da aplicação dos institutos da reincidência e da prescrição, além de que a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLVI a aplicação de outras penas alternativas diversas da reclusão ou de detenção para os crimes.

Ainda existem parte da doutrina minoritária que acredita que o artigo 28 possui natureza *sui generis*, ou seja, possui uma natureza jurídica única e outros defendem que trata – se de contravenção penal, por não possuir pena de reclusão e detenção e de haver previsão ainda de aplicação de multa. Entretanto o STF já consolidou o entendimento de que o artigo 28 trata – se mesmo de crime, vejamos; (RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 430.105 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 13/02/2007).

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolição criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal.

Desta forma, fixa – se que não houve a descriminalização do artigo 28, tão pouco a sua legalização, mas sim mera despenalização do mesmo, e considerando que a definição de crime, não está restrita as espécies de pena que ele comporta, mas sim aos seus pressupostos legais, entendemos que o legislador ao definir crime no artigo 1º da Lei de Introdução Penal não estava diante de um rol taxativo, visto que isso colocaria em dúvida a própria constitucionalidade do artigo, já que a Constituição Federal não restringir o crime necessariamente com as penas de privação ou restrição da liberdade.

Cabe ainda ressaltar que descriminalização também não se confundi com legalização, pois no caso da maconha, legaliza – lá, seria retirar a pretensão punitiva do Estado em qualquer hipótese que guarde relação com a mesma, nessa situação, não só o porte de maconha para consumo próprio deixaria de ser crime, como também o próprio tráfico da erva, havendo apenas restrições quanto ao seu uso, como por exemplo, na direção de veículo automotor, semelhantemente como ocorre com o álcool.

### 3.3 ANÁLISE DOS POSICIONAMENTOS CONTRA E A FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA.

O tema proposto sempre foi divisor de muitas opiniões na sociedade, a grosso modo, há aqueles que defendem a descriminalização da maconha, acreditando que com isso reduziria o tráfico e que o Estado poderia passar a ter lucros com a tributação da droga, outros, em posição mais conservadora, é contra a descriminalização por que acreditam que o número de dependentes da droga aumentaria, causando grandes prejuízos a saúde pública.

#### **3.3.1 A favor da descriminalização**

Dentre os diversos tipos de drogas proibidas, a com maiores simpatizantes para sua descriminalização é a maconha, que possui até evento mundialmente conhecido como “Marcha da Maconha”, que reúne diversos pensadores e apoiadores da ideia, e segundo MARTINS et al. (2016, p.8-9), ocorre simultaneamente em diversos lugares do mundo e chegou a acontecer no Brasil pela primeira vez ainda no ano de 2008, no estado do Recife, após muitas discursões judiciais, por diversas ações propostas pelos opositores da ideia, que entendiam a manifestação como conduta típica de apologia ao crime e até mesmo de formação de quadrilha, no ano de 2011, no julgamento da ação de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental 187, a Suprema Corte decidiu sobre a legalidade do movimento, entendendo que a marcha representa o livre exercício dos direitos de reunião e da liberdade de expressão, onde o voto do Ministro Celso de Mello, foi seguido integralmente pelo demais, (STF - ADPF: 187 DF, Relator: Min. Celso de Mello, DJ: 15/06/2011) vejamos;

[...] a marcha da maconha é um movimento social espontâneo que reivindica, por meio da livre manifestação do pensamento, a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista do consumo de drogas e dos efeitos que esse modelo produziu em termos de incremento da violência.

Muitos intelectuais da marcha da maconha e até mesmo outros juristas, suscitam que a proibição do porte de drogas para consumo próprio viola princípios constitucionais, como o direito a intimidade e a vida privada do indivíduo, definidas como garantias individuais pela Constituição Federal, que não podem ser suprimidas, pois possuem natureza de cláusula pétreas e que o Direito Penal não se preocupa com a autolesão, assim por isso, quem se automutila por exemplo, não responde por crime de lesão corporal, trata – se do princípio da lesividade, em que o Direito Penal só atua quando há lesão a pessoa alheia que ultrapasse a esfera do agente. O tema chegou a ser discutido na Suprema Corte e encontra – se em pauta até hoje, com reconhecimento da repercussão geral, através do Recurso Extraordinário de número 635.659, levado ao Supremo pela defensoria pública do Estado de São Paulo no ano de 2015, que após o pedido de vistas feito pelo ministro Teori Zavascki, falecido em 2017 em um acidente aéreo, foi liberado para julgamento pelo ministro Alexandre de Moraes, que herdou os seus processos e tinha data marcada para o mês de junho do corrente ano, mas que foi remarcada para o mês de novembro do mesmo ano. Três ministros já votaram, dentre eles o Min. Gilmar Mendes que se manifestou entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 28 para qualquer tipo de droga, já os ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, apesar de também votarem pela inconstitucionalidade, limitaram ela a apenas a maconha, vejamos; (RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 635.659 SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 22/06/2015)

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante. [...]

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”.

Entretanto, tal argumentação jurídica, carece de congruência com o bem jurídico tutelado no crime do artigo 28, qual seja a saúde pública, entendendo que nesse caso, o legislador ao tipificar como crime a conduta do artigo 28, visava inibir que o agente portasse ou praticasse qualquer outro núcleo do tipo, porque nessas condições colocaria em risco além da própria, mas independentemente disso, a saúde de terceiros, já que a droga ainda não consumida, pode vir a ser utilizada por outra pessoa, assim entende MASSON, Cleber (2019, pag. 11), vejamos;

[...]a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional. A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio “é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.”<sup>7</sup> Da conduta do usuário emana, pois, “um evidente perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, ou seja, titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública. Afirmar-se o contrário é esquecer que o ser humano não é uma ilha, como já se disse, e, assim, relaciona-se com os demais indivíduos em sociedade.

Portanto, trata – se de crime de perigo abstrato, que possui natureza formal e não necessita que de fato a lesão aconteça para a consumação do delito. Dessa forma, não há que ser falar em ofensa ou violação a intimidade ou a vida privada, já que a supremacia do interesse público sobressai sobre os direitos individuais do particular, prova disso é que até mesmo o direito à vida é relativizado, com previsão de pena de morte nos casos de guerra declarada, conforme preconiza o inciso 47, artigo 5º da Constituição.

Além disso, outros fortes argumentos para a descriminalização da maconha, seria a relação que ela teria com a economia do país, pois o Estado passaria a tributar a venda da erva, além de fiscalizar e controlar a produção, podendo fomentar pesquisas para o desenvolvimento de cigarros de maconha com mais qualidade e minimizar os efeitos do prejuízo a saúde do usuário, e acima de tudo, afastar seus adeptos ao tráfico organizado. Embora concordamos com muitas dessas razões, elas não se aplicam a este estudo, pois para que isso fosse possível, não bastaria apenas a descriminalização do artigo 28, mas sim a legalização da maconha, como já abordamos anteriormente, visto que o Estado não pode promover, tributação,

fiscalização ou até mesmo a comercialização de objetos ilícitos, nem permiti que sejam comercializados, ainda assim, a exemplo com que acontece com vários medicamentos que possuem natureza de “droga”, que são vendidos sem receitas médicas ou do cigarro, em seus mais diversos casos de contrabando, a maconha poderia continuar a ser vendida também de maneira irregular pelas organizações criminosas, que poderiam fornece – lá com valores mais baratos que os vendidos regularmente, que naturalmente seriam mais caros pela incidência dos impostos.

### 3.3.2 Contra a descriminalização

Antes de abordamos argumentos contrários a descriminalização, é necessário que façamos uma análise técnica quanto ao conceito de drogas, MASSON (2019, pag. 02) define que:

[...]para fins legais, são consideradas drogas “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único). Em síntese, droga é a substância ou produto assim relacionado em lei ou ato administrativo

O ato administrativo no qual se refere o respeitável doutrinador, trata – se de uma Portaria da Secretária de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, uma agência reguladora autárquica, que para fins previsto na tipificação dos crimes da Lei 11.343/06, enumera as substâncias definidas como “drogas”, dentre elas, a maconha. Portanto, a Lei 11.343/06 trata – se de “norma penal em branco”, que depende da complementação de outro ato normativo para produzir seus efeitos. Sendo assim, se eventualmente a maconha deixasse de figurar na lista de substancias da Portaria SVS/MS 344/1998, ocorreria a *Abolitio Criminis*, já que inexistiria lei contrária ao uso e até mesmo ao tráfico da erva, a exemplo com o que aconteceu em dezembro do ano 2000, quando o “lança perfume” foi excluído da lista de substâncias entorpecentes proibidas por 8 dias naquela ocasião, que levou a concessão do *Habeas Corpus* pelo STF, (HABEAS CORPUS - HC: 94397 BA, Relator: Min. Cezar Peluso, DJ: 09/03/2010) vejamos;

AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de "lança-perfume". Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. Abolitio criminis. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. HC concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência,

tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Entretanto, não nos parecer ser muito conveniente que o mesmo aconteça com a maconha, já que isso levaria a retroatividade da lei penal mais benéfica, que colocaria de volta as ruas milhares de pessoas condenadas ou em detenção provisória por tráfico de maconha, como vimos no exemplo anterior, comprometendo ainda mais a segurança pública.

Além disso, descriminalizar tão somente a conduta do artigo 28 da lei de drogas, nem se quer traria os já citados benefícios de uma possível legalização da maconha, como também estaríamos negligenciando um problema social, pois tal conduta coberta pela legalidade, sem qualquer repressão, mesmo que branda, mas que ainda possui efeitos jurídicos importantes, como o instituto da reincidência, tornaria - se ainda mais comum, já que seus usuários teriam segurança jurídica para usa - lá, sem qualquer consciência de proibição.

Consequentemente, com mais consumidores da maconha, que atualmente já é a droga ilícita mais consumida no Brasil, conforme veicula nos sites de informação, consequentemente, teríamos o fortalecimento econômico do tráfico, pois a maconha ainda permaneceria sendo vendida apenas pelas organizações criminosas, já que manteria – se proibida em caso de inconstitucionalidade apenas do artigo 28, pior seria, se tal inconstitucionalidade alcançar todos os tipos de drogas e não se restringir apenas ao uso da maconha, como preconiza o ilustríssimo ministro Gilmar Mendes.

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante o exposto neste artigo, concluímos que eventual descriminalização do porte da maconha pelo Superior Tribunal Federal, que adiou o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 para o mês de novembro, traria consequências negativas em ambos aspectos sociais e jurídicos, primeiro porque os argumentos já arguidos pelo então relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, mostram – se insuficientes, diante da premissa de que o interesse público se sobressai ao direito de privacidade ou intimidade do usuário de drogas, pois quem porta a maconha, mesmo que para consumo próprio, carrega consigo o risco real a saúde pública, possibilitando que outros além do portador façam consumo dela, sendo assim, não há inconstitucionalidade nem ofensas a direitos fundamentais, visto que a conduta ultrapassa a

esfera pessoal do usuário e ofende o bem jurídico tutelado pela lei 11.343/06, qual seja a saúde pública. Lei esta que há de se ressaltar, foi devidamente votada e aprovada no congresso nacional, respeitando todo o processo legislativo adequado, o que faz com que qualquer mudança a ela, deva ser realizada através do mesmo processo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes por parte do STF, caracterizando exercício irregular da função legislativa pelo mesmo.

Além disso, apenas descriminalizar o porte da maconha em nada contribuiria para o combate ao tráfico ou ao uso dela, pelo contrário, estimularia o surgimento de novos usuários, visto a condição permissiva do Estado e conseqüentemente o fortalecimento do tráfico com o aumento do consumo da “*cannabis*”, que atualmente já é a droga ilícita mais consumida no Brasil, desconsiderando ainda os benefícios já citados que poderiam ocorrer com uma eventual legalização, que trata – se de assunto diverso do que especialmente vem abordando este artigo e que carece de maiores estudos, entretanto, reconhecem estes autores a importância do debate da legalização para uma nova implementação de política pública de combate as drogas, mas reforçam que a mera descriminalização do porte de maconha, além de não efetiva, representa um retrocesso em nosso ordenamento jurídico.

## 5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO PORTELA, André Luiz. **Descriminalização ou Despenalização?. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4024](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4024)>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroTema=506 e=4034145&numeroProcesso>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 430105 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 13/02/2007. Jus Brasil, 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj>> Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Comercialização de “lança-perfume”**. HABEAS CORPUS: HC 94397 BA. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ 09/03/2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996220/habeas-corpus-hc-94397-ba?ref=juris-tabs>> Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Marcha da Maconha. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 187 DF**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 15/06/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342767/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-187-df-stf>> Acesso em: 01 jun. 2019.

CARLINI, E A; RODRIGUES, E; GALDURÓZ, JCF. **Cannabis sativa L. e substâncias canabinóides em medicina**. 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0047-20852006000400008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000400008)>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CÉSPEDES, Livia, et al. **Vade Mecum Saraiva OAB**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

LOPES, Márcia Veiga. **Legalização da maconha: debate político, social e jurídico sobre sua pertinência**. 2015. 99 p. Monografia (Graduação em Direito) Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015. Disponível em: <<https://itr.ufrrj.br/biblioteca/legalizacao-da-maconha-debate-politico-social-e-juridico-sobre-sua-pertinencia/>> Acesso em: 15 mai. 2019.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Alisson; et. al. **À Descriminalização da Maconha a Luz da Política de Drogas do Brasil**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 01, Vol. 11, pp. 281-305 Dez. 2016. ISSN: 2448-0959

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. 1. ed. São Paulo: Método, 2019.

PRESTES, Michela Vieira. **Descriminalização da maconha para uso próprio: O Brasil está preparado?**. 2012. Disponível em: <<https://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2018-10-09-15391127830069.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2019.

PUREZA, Diego Luiz Victório. **A provável descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal por inconstitucionalidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18109&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18109&revista_caderno=9)>. Acesso em maio 2019.

RODRIGUES, Camila Costa Reis; QUEIROZ, Thaís Auzier. **Descriminalização ou despenalização do uso e porte de drogas ilícitas e o reflexo da divergência sobre a matéria da reincidência**. 2015. Disponível em: <<https://camilacostareis.jusbrasil.com.br/artigos/216439177/descriminalizacao-ou>>

despenizacao-do-uso-e-porte-de-drogas-ilicitas-e-o-reflexo-da-divergencia-sobre-a-materia-de-reincidencia> Acesso em: 23 mai. 2019.