

Despenalização ou Descriminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/06

De-criminalization or decriminalization of Article 28 of Law No. 11,343/06

Leonardo Molina Pereira¹
João Georgeton Barbosa da Silva²
João Geraldo Nunes Rubelo³
Helton Laurindo Simoncelli⁴

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar a Despenalização ou Descriminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, com ênfase na criminalização do usuário de drogas. Este é o artigo, trouxe o conceito de drogas, assim como toda a evolução histórica; as mudanças que ocorreram da Lei anterior para a Lei atual e a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). Assim como trouxe os princípios norteadores da Lei de Drogas, e a questão a criminalização dada aos usuários de droga, o proibicionismo e a política de redução de danos, o crime visto como infração de menor potencial ofensivo e as discussões formadas sobre Despenalização, Descriminalização e a Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Palavras – chave: Despenalização; Descriminalização; Políticas Públicas sobre Drogas.

ABSTRACT

This study aims to analyze the Decriminalization or Decriminalization of article 28 of Law No. 11.343/06, with an emphasis on the criminalization of drug users. This is the article, it brought the concept of drugs, as well as all the historical evolution; the changes that occurred from the previous law to the current law and the creation of the National System of Public Policies on Drugs (SISNAD). Just as it brought the guiding principles of the Drug Law, and the issue of criminalization given to drug users, prohibitionism and the harm reduction policy, crime seen as an offense with less offensive potential and the discussions formed on Decriminalization, Decriminalization and the Unconstitutionality of Article 28 of Law No. 11.343/06.

Keywords: Decriminalization; Decriminalization; Public Policies on Drugs.

Introdução

O presente estudo acadêmico tem como finalidade uma análise da Despenalização ou Descriminalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, com ênfase no motivo da criminalização do usuário de drogas e as alterações trazidas pela lei, juntamente com discussões pertinentes nos Tribunais Superiores e exemplos

¹ Acadêmico do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

² Professor e Mestre do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSALESIANO - Campus de Araçatuba.

³ Filósofo e Mestre em Geografia. Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSALESIANO de Araçatuba.

⁴ Coordenador de curso de Direito e Mestre em Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSALESIANO de Araçatuba.

trazidos por outros países sobre a descriminalização e seus efeitos positivos na sociedade.

O referido artigo se faz importante tendo em vista o alto índice crescimento dos usuários de droga no país, ocasionado, em sua maior parte, por não haver efetivo investimento pelo Estado em campanhas de conscientização e financiamentos para o tratamento dos dependentes, a fim de diminuir o uso de drogas.

Se mostra como principal dirigente pela quantidade de usuários de drogas no país, o Estado, por ser detentor de responsabilidade de controlar as drogas no Brasil, garantindo o bem estar social e a saúde pública. De acordo com o posicionamento dos Tribunais Superiores, a respeito da posse de drogas para o consumo pessoal, até o momento atual ocorreu a despenalização.

A intimidade e a vida privada dos indivíduos, de acordo com o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, consolidam a ideia de inconstitucionalidade do artigo 28, que já está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 635.659, onde três dos onze ministros já estão a favor da descriminalização, e até mesmo recomendam-se a adoção do critério seguido por Portugal, visto que em 2001 descriminalizou todas as drogas e até hoje vem causando grandes resultados positivos, sendo referência em políticas públicas para se lidar com o uso abusivo das drogas.

Por isto se entende que a legislação atual precisa de mudanças, pois a cada dia que passa o mercado de drogas deixado ao tráfico movimenta grande quantidade de dinheiro no país, dinheiro este que poderia ser investido em campanhas de conscientização e usado para financiar o tratamento dos dependentes, a fim de diminuir o uso de drogas, obtendo assim uma evidente proteção aos direitos individuais e a saúde pública.

Histórico da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)

As drogas são substâncias que provocam mudanças de comportamento, tanto físicas quanto psíquicas. No Brasil, droga refere-se as substâncias ilícitas que provocam dependência e afetam o comportamento do indivíduo, sendo proibidas por lei a comercialização e a produção. E as substâncias lícitas, que são permitidas por lei, como o álcool, o tabaco e os medicamentos gozam de livre circulação no comércio.

Atualmente, no país, as drogas estão listadas na Portaria n.º SVS/MS 344/98 do Ministério da Saúde (BRASIL, 1998). Conforme enfatizado por Velho (1999, p.276), [...] *é fundamental compreender que o uso de drogas não deve ser examinado isoladamente, sendo passo indispensável a sua contextualização*. Portanto, conclui-se que há diferenças entre cada substância conhecida como drogas, e os efeitos causados por cada uma delas, de acordo com o seu consumo/dependência.

As Drogas fazem parte da sociedade desde os primórdios. O combate às Drogas no Brasil e no mundo iniciou-se há séculos atrás. De acordo com os registros, a primeira legislação referente a drogas existente no Brasil surgiu durante as Ordenações Filipinas em 1603 (BRASIL, 1603), onde teve vigência em matéria civil e criminal até ser revogado pelo Código Civil brasileiro de 1916; (BRASIL, 1916).

O código criminal de 1830 (BRASIL, 1830), sancionado no Brasil, foi o primeiro código pós-independência de Portugal, onde substituiu as Ordenações Filipinas até o código penal republicano de 1890 (BRASIL, 1890), que tinham por objetivo proibir a livre comercialização e circulação de substâncias venenosas, trazendo o primeiro texto legal sobre a comercialização de substâncias venenosas.

Não havia uma legislação antes de 1914 (BRASIL, 1914) tutelando exatamente o significado de drogas como hoje em dia no Brasil. A primeira substância tratada como droga na qual teve uma repercussão geral foi o ópio.

Segundo Batista (1997, p.79), [...] *a política de drogas brasileira começou neste momento a obter um formato mais definido, na direção do “modelo sanitário”, o qual prevaleceria até a década de 50*.

O Decreto Lei nº 891, de 1938 (BRASIL, 1938), inspirado na Convenção de Genebra de 1936 (BRASIL, 1936), teve como objetivo dar maior ênfase aos acordos internacionais a respeito das drogas, apresentou quais eram as substâncias consideradas entorpecentes, impôs regras para o uso e comercialização, equiparando as condutas dos traficantes aos usuários.

Sucedeu então, o Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), na qual de acordo com Carvalho (2007, p.12) começou a tratar do “proibicionista sistematizado”, com a finalidade de diminuir a comercialização e o uso de drogas.

Durante esse momento histórico, já se iniciou a cobiça sobre a descriminalização do uso das drogas, visto que, o Supremo Tribunal Federal e a

jurisprudência majoritária da época, já atentavam que só se aplicavam sanções aos vendedores de drogas, vulgo traficantes, mas não eram aplicadas aos usuários.

Compreende-se que o legislador uniu, em um só crime, o tráfico e o porte de drogas, descriminalizando o uso. A intenção do legislador era meramente em continuar a tratar o usuário de drogas como enfermo, seguindo à risca o modelo sanitário. De acordo com Carvalho (2007, p.12) [...] *a mudança trata da conduta do usuário como dependente e a do traficante delinquente.*

A última Lei vigente na época foi substituída pela Lei 6.368/76 (BRASIL, 1976), na qual foi colocada em artigos distintos a conduta do usuário e do traficante. Essa legislação incorreu um certo avanço, visto que criou um delito próprio para a posse de entorpecentes, separando-a do tráfico e tornando a pena mais branda. Foi determinado a pena de 6 meses a 2 anos e multa, onde em alguns casos o usuário poderia valer-se do benefício da Suspensão Condicional do Processo.

Antes, a figura do traficante e usuário se encontravam-se em um mesmo diploma legal, não havendo distinção entre um e outro.

A lei referida acima não diferenciava aquele que semeava, cultivava ou colhia as plantas produzidas e destinadas à preparação de substâncias psicotrópicas voltadas a consecução do produto para o consumo pessoal.

A partir daí, no ano de 1988, adveio a nova e atual Constituição Federal (BRASIL, 1988), promulgando a Lei nº 11.343, de 2006 (BRASIL, 2006) e revogando a Lei anterior nº 6.368/1976 (BRASIL, 1976). Essa lei constitui o Sistema Nacional de Política Públicas sobre Drogas (SISNAD), na qual sofreu uma alteração recente pela nova Lei nº 13.840, de 2019 (BRASIL, 2019) para dispor sobre as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas, assim como determina outras providências. Se encarrega de prevenir do uso indevido; a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e, a repressão da produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

O órgão SISNAD serve para auxiliar a lei 11.343, de 2006 (BRASIL, 2006), em relação ao usuário, referente aos meios de aplicação das medidas que serão impostas a ele.

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a atual Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Ou seja, não existe a aplicação da pena

privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de drogas, de acordo com a lei atual.

O tratamento dado ao usuário foi totalmente modificado, não submetendo o mesmo as penas privativas de liberdade; aplicando advertências sobre os efeitos das drogas, tais como, prestação de serviços à comunidade, medidas socioeducativas, frisando a ressocialização do mesmo.

Até dado momento, o usuário foi equiparado ao traficante; possuindo agora cada qual o seu artigo na lei, onde o usuário foi favorecido por não possuir em seu texto legal a pena privativa de liberdade, aplicando advertências sobre os efeitos das drogas.

A partir do momento em que se extinguiu a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, a doutrina passou a defender a descriminalização da conduta do mesmo. De acordo com Gomes (2013, p.111), *[...] do momento em que se aboliu a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, doutrina abalizada passou a defender a descriminalização da conduta, ora considerando-a infração penal sui generis.*

O Supremo Tribunal Federal - STF julgou que pelas razões do crime de uso não prever penas restritivas de liberdade, não implicam uma descriminalização da conduta, mas sim, uma despenalização do tipo.

Mostra-se, no entanto, que existe um certame a respeito deste assunto, sobre a descriminalização ou despenalização do artigo 28, da Lei nº 11.343, de 2006 (BRASIL, 2006).

Princípios Norteadores da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)

Os princípios nos remetem a uma ideia de início, onde realiza uma análise da legitimidade da conduta do usuário frente as vontades constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Os princípios regulam as atividades jurídicas e coordenam o sistema jurídico para uma melhor fluidez em prol da humanidade; limitando e conduzindo os legisladores, os julgadores e o executores, sendo o ponta pé inicial para que novas leis sejam criadas, banidas e executadas, configurando os limites regimentais e peremptórios.

Há muitos princípios que circulam o ordenamento jurídico e que devem

nortear os operadores do direito na aplicação da lei ao caso concreto.

O surgimento da proporcionalidade serviu como meio para limitar as ações dos governantes. Se antes era garantido a totalidade do poder do soberano, atualmente serve para controlar os seus atos.

Um dos critérios instituídos como mais relevante, é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade também é conhecido por princípio da razoabilidade, onde não se autoriza que as prioridades ponderadas pela Constituição Federal sejam lesionadas ou até mesmo despejadas por algum ato administrativo, judicial ou legislativo que ultrapasse os limites e progrida sem a aprovação dos direitos fundamentais.

A proporcionalidade em sentido estrito, é uma analogia feita entre o delito praticado e a medida aplicada, sem excessos quanto a punição determinada. Exige-se que entre o meio protegido e o fim planejado exista uma relação de proporção, ou seja, não se pode aceitar uma enorme delimitação para um fim de pouca importância.

O princípio da ofensividade ou lesividade conduz a todos que não se deve responsabilizar atos que não violam bens jurídicos tutelados. É uma norma que garante a incapacidade da estruturação do ilícito, ou quando se mostrar o fato ofensivo, lesivo, ou perigoso ao bem jurídico tutelado.

Assim como em outros princípios, o da lesividade não está direcionado apenas ao legislador, mas também ao julgador da norma incriminadora, na qual deverá analisar, através da eventualidade de um fato tido como criminoso, se ocorreu real lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado.

Com outras palavras, o legislador deve deixar de qualificar como crime ações incapazes de ferir ou de colocar em perigo concreto o bem jurídico de outros, na qual é defendido pela norma penal. Tratando-se do consumo de drogas, o agente (usuário), no entanto, não expõe a perigo concreto o bem jurídico tutelado pelo regulamento, qual seja a saúde pública.

O surgimento do princípio da alteridade vem complementando o princípio da ofensividade, na qual estabelece que o indivíduo não pode sofrer penalidade por causar dano à si mesmo. É o caso do usuário de drogas, assim como a tentativa de suicídio e a autolesão, por não causarem danos a bens jurídicos de terceiros.

O elemento que incorre nas condutas previstas no artigo 28 da Lei

11.343/2006 (BRASIL, 2006), está causando mal à própria saúde, o que não fundamenta uma intercessão repressora do Estado na esfera de sua vida particular. Mostra-nos, portanto, que há uma violação ao princípio da alteridade, por parte do referido artigo.

O princípio da insignificância consiste em uma ordenação política criminal, na qual não deve dar notoriedade a comportamentos incapazes de ferir bens juridicamente protegidos. Este princípio elimina a tipicidade do fato.

Apesar de elencadas determinadas condutas, não se especifica a quantidade suficiente da substância que o indivíduo deve portar para que seja configurado tal crime. Portanto, o simples fato de estar portando drogas para o consumo pessoal, já configura o delito; punindo-o mesmo que de maneira moderada.

Encontra-se estabelecida na Constituição Federal a dignidade da pessoa humana como regulamento jurídico, agindo como uma limitação para o desempenho do Estado e da Sociedade, resguardando a singularidade e a liberdade da pessoa contra qualquer tipo de intercessão.

Os direitos fundamentais progrediram com a intenção de resguardar o indivíduo em sua dignidade; no entanto se torna essencial destacar o conceito desses valores e promover a autonomia da sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) foi criada com o intuito de instituir um Estado Democrático de Direito determinado a sustentar o exercício de todos os direitos e garantias sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem estar, a igualdade e a segurança, sem discriminações, comprometida nacionalmente e internacionalmente com uma solução pacífica dos litígios.

O princípio da intervenção mínima determina que o direito penal deve proceder somente nas situações imprescindíveis, que sejam realmente graves “ultima ratio”, garantindo a seguridade jurídica. Tal princípio é remetido ao legislador, assegurando que legisle de modo cauteloso, pois a produção de leis no direito penal deve ser feita de maneira seletiva, evitando que se banalize o conceito de crime e que restrinja a aplicação da pena.

Ao criminalizar o porte de drogas como sendo gravemente prejudicial aos bens jurídicos e a saúde pública, fica evidenciado que existe um desrespeito em relação a este princípio, uma vez que a conduta do agente não manifesta adequada

capacidade lesiva à sociedade, não justificando a interferência do Estado na vida privada deste indivíduo.

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, faz referência ao conceito de que está diretamente conectado a concepção de justiça. Está de acordo com a expressão prevista no caput do artigo 5º, da CF (BRASIL, 1988): *“todos são iguais perante a lei”*.

A todo momento, este princípio é violado e como resultado gera na sociedade um sentimento de conturbação e desobrigação. Logo, o princípio da igualdade deverá ser posto de maneira em que se alcance a sua total integralidade, não somente perante a Lei, mas também a todo o Direito e a justiça. Salientando a necessidade de acatamento do Direito Penal, somente assim poderá alcançar uma verdadeira e concreta igualdade e justiça, à luz deste princípio e de um Estado Democrático de Direito.

Tratamento Penal e Decisão dos Tribunais referentes a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)

Com a introdução da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), fundou-se no meio estudantil, grande debate sobre o artigo 28 da Lei de Drogas, onde é tratada a figura do usuário. A referida discussão surgiu mediante a aplicabilidade de medidas restritivas de direito, visto que, atualmente não se aplica mais penas privativas de liberdade a este tipo crime; onde se tem como ideia buscar a descriminalização, portanto a *abolitio criminis*.

O uso da droga não foi tipificado pelo legislador caso o agente já estivesse sobre os efeitos da mesma, mas sim, buscou sancionar aquele em que traz consigo ou transporta para posterior uso.

Não existe uma quantidade determinada para que o juiz firme seu embasamento, distinguindo o usuário do traficante. Portanto, é o julgador quem examina o caso concreto em geral e procura ajustar à conduta do agente em algum dos tipos penais, não tendo como base uma quantia estabelecida.

As sanções aplicadas pelo Juiz possuem prazo não superior a 5 meses aos primários, e não superior a 10 meses aos reincidentes. Para servir de ocupação e recuperação dos usuários, podem ser imposta prestação serviços à comunidade, se assim entender o Juiz, sem fins lucrativos para os mesmos.

Busca-se ressaltar a possibilidade de reincidência nos casos diretamente pertencentes ao crime previsto no §4º, do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), ao qual dobra o prazo estipulado pelo §3º, do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006) que é aplicado aos primários.

Sobre o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), em seu texto legal não apresenta pena de reclusão ou detenção, e, todavia, é visto como crime.

O debate atingiu até mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), onde a entidade julgadora compreendeu como simples despenalização da norma, ou seja, a norma descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), continua sendo crime, apenas não será imposta pena de reclusão ou detenção.

Portanto, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), acaba criando um novo conceito de crime, onde até mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) foge à regra geral elaborado pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto - Lei 3.914/41 (BRASIL, 1941).

Após a alteração da lei, foi dada atenção ao usuário, buscando sua reinserção na sociedade, para que o mesmo pudesse ingressar em clínicas de reabilitação, no lugar de cumprir pena privativas de liberdade.

A diferença entre drogas lícitas ou ilícitas se deu por cabimento político, sem prerrogativas médicas que as definissem como definitivas. Se qualquer pessoa se sentisse livre para tomar as suas decisões a respeito do uso de drogas, caso fosse permitido, provavelmente teriam mais curiosidade em saber se a droga causaria alguma reação e, o sujeito não mais seria considerado um criminoso.

Se houvesse uma melhor fonte de informações a respeito da ressocialização do indivíduo, e meios para que qualquer pessoa pudesse prestar auxílio imediato; o acesso a esses tipos de clínicas especializadas seria de interesse comum entre esses indivíduos.

No Brasil, adotou-se uma política de redução de danos, funcionando como uma estratégia da saúde pública destinada aos usuários que não podem ou não querem parar de usar as drogas. Por descrição, seu objetivo é pautado na prevenção aos danos causados, do que no uso de drogas em si.

A grande maioria não precisa de tratamento, mas para que minimizem os riscos de permanecerem usando drogas e por consequência causar danos a eles mesmos ou a outros, é primordial a prestação de informações sobre as políticas de

redução de danos, favorecendo os sujeitos, e mantendo a saúde pública em segurança.

Este assunto gera muito impacto nas pessoas ao se depararem com o comportamento dos usuários, causado pelo uso de drogas; pois não possuem nenhum embasamento por haver grande falta de informações a respeito da ressocialização dos indivíduos, e meios que garantem que qualquer pessoa pudesse prestar auxílio imediato.

O crime do uso de entorpecentes é de menor potencial ofensivo, sendo designado a responsabilidade da competência ao Juizado Especial.

Os dois institutos existentes do direito penal que se pontua na determinada Lei para uma melhor compreensão a respeito da natureza jurídica sobre o uso das drogas, são a despenalização e a descriminalização de condutas.

De maneira bem sucinta, é entendido a despenalização como o instituto jurídico que extingue a punibilidade de um fato, que ainda é visto como um crime; já a descriminalização é entendida como o instituto jurídico que através de um ato se extingue o crime.

A Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), extinguiu a natureza penalizadora ao deixar de prever as penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, mesmo o sujeito sendo reincidente. Ademais, não deixou de ser considerado crime, visto que as penas alternativas elencadas têm aplicação imediata, sancionando o sujeito juridicamente e socialmente.

O simples fato de o Estado proteger interesses coletivos e deixar de lado os individuais, permite que sancione o indivíduo por mínima quantidade de drogas, elencando a ele a condição de criminoso.

Por consequência, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), viola a intimidade; a vida privada e, a liberdade individual prevista no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo contrário aos princípios da alteridade, ofensividade e dignidade humana.

Como já visto, existe uma grande discussão a respeito da concordância do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), com a Constituição Federal. Tal questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), e a discussão da matéria se encontra presente no Recurso Extraordinário 635.659, questionando a constitucionalidade do referido artigo, analisado sob a perspectiva de sua

discordância com as garantias constitucionais da vida privada e intimidade do agente.

Foi apresentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo o Recurso Extraordinário, alegando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), por violar o artigo 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no momento em que um indivíduo foi condenado por portar 3g de maconha para uso pessoal.

A manifestação sobre o referido Recurso foi apresentada favoravelmente pela votação para descriminalização por apenas três ministros do Supremo Tribunal Federal - STF, onde o ministro Gilmar Mendes se posicionou a favor da descriminalização de todas as drogas e, os ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso se posicionaram a favor da descriminalização, limitando ao porte e uso apenas em relação a maconha, permanecendo a restrição das demais drogas ilícitas. Barroso ainda defende a porcentagem de até 25 gramas de maconha para se distinguir o tráfico do uso de drogas, no entanto, atualmente ainda não existe um limite específico para diferenciar a quantidade relativo ao traficante e ao usuário.

O voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário foi pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), pois, de acordo com seu entendimento, a criminalização se trata de uma repreensão incompatível feita ao usuário.

A partir daí foi declarado inconstitucional, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), dando provimento ao Recurso Extraordinário. No entanto, deve-se manter a legislação atual até que se implemente legislação específica com natureza administrativa, tornando válida a sua regulamentação.

O voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin no Recurso Extraordinário foi pelo parcial provimento do recurso sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), pois de acordo com seu entendimento, somente a maconha deveria ser objeto da descriminalização.

O voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário foi pelo parcial provimento do recurso sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), pois de acordo com seu entendimento, somente a maconha deveria ser objeto da

descriminalização.

Para que se possa distinguir os usuários dos traficantes, é importante determinar parâmetros objetivos, reduzindo assim a arbitrariedade da autoridade judicial e policial.

Após essas considerações, pontua-se que seria necessários seis votos favoráveis dos onze ministros para que se tenha aprovação, no entanto, ainda necessitam de mais três votos favoráveis para que haja o provimento do Recurso a respeito do porte de maconha para consumo pessoal. O referido Recurso ainda se encontra em andamento, no entanto, é necessário que o Poder Legislativo adote medidas que regulamentem de maneira que pacifique o tema em questão; pois até o momento, ocorreu apenas a despenalização com a implementação da atual Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), em seu artigo 28.

Conclusão

A atual pesquisa mostra a realidade pautada sobre o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006). Conforme já apresentado, ocorreu mudanças consideráveis da Lei nº 6.368/76 (BRASIL, 1976) para a Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), cujas as penas estipuladas em seus dispositivos sofreram reduções passando de detenção para alternativas.

Diante da quantidade absurda de usuários no Brasil, mostra-se necessário a correção da legislação, visto que foi mal elaborada. Apesar das alterações realizadas, devem ser concedidas à Lei políticas melhores, com um objetivo de controlar o uso e recuperar os usuários de drogas no país.

Por ser detentor de responsabilidade de controlar as drogas no Brasil, garantindo o bem estar social e a saúde pública, se mostra como principal dirigente pela quantidade de usuários de drogas no país, o Estado. Assim, entende-se que a sociedade carece de uma legislação atualizada para melhor atender as necessidades referidas.

Ademais, evidencia-se que a repressão não é o melhor caminho a ser seguido para controlar a propagação das drogas. Informações referentes às consequências do uso das drogas é o que não falta nos dias de hoje, e mesmo assim o número de usuários continua o mesmo, se não maior, ou seja, as medidas repressivas de combate ao uso de entorpecentes não são eficazes.

Portugal, em 2001 descriminalizou todas as drogas, e a abordagem que antes era de repressão, passa então a acolher e amparar os indivíduos, sendo conhecido este amparo como a dissuasão de toxicodependência e, até hoje, vem causando grandes resultados positivos, passando a ser referência em políticas públicas para se lidar com o uso abusivo das drogas.

Podemos aprender muito com as políticas públicas sancionadas por outros países, como Portugal, que adotou a descriminalização e até hoje vem causando grandes resultados positivos, passando a ser referência em políticas públicas para se lidar com o uso abusivo das drogas.

A criminalidade cresce a cada dia com este mercado de drogas deixado ao tráfico, onde se movimenta grande quantidade de dinheiro no país, dinheiro este que poderia ser investido em campanhas de conscientização e usado para financiar o tratamento dos dependentes, a fim de diminuir o uso de drogas, obtendo assim uma evidente proteção aos direitos individuais e a saúde pública.

Referencial Bibliográfico

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001, p. 90.

BARROSO, Luis R.. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2006, p. 286.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. p. 79

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

BRASIL. Decreto no 11.481 de 10 de fevereiro de 1915. **Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro**, RJ, 10 de fevereiro de 1915, Seção 1, p. 3597. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. Voto Ministro Gilmar Mendes, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf> >. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. Voto Ministro Edson Fachin, 2015. Disponível em: < http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Integra_voto_Ministro_Fachin.pdf >. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. São Paulo, 22 de fevereiro de 2011. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf> >. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. (STF - RE: 430105 RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v.19, n.523, 2007, 9. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523). Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729580/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-430105-rj> >. Acesso em: 10 jun. 2020.

CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27-28.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Especial**. vol.4, 9ª Ed. Saraiva, 2014, p. 412.

_____. **Legislação penal especial: juizados especiais criminais: interceptação telefônica :crime organizado: drogas**. 6.ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007, p. 134-135.

CARVALHO, Salo A.. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

CRISTÓVAM, José S. S.. **Colisões entre princípios constitucionais**. 2006, p. 217.

DALLARI, Dalmo A.. **Direitos Humanos e Cidadania**; 1ª edição (Coleção Polêmica), editora Moderna – São Paulo, 1998, p. 72.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomeret alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 374.

GAMA, Ricardo R.. **Nova Lei sobre drogas: Lei no. 11.343/2006 comentada**. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2006, p. 26.

GOMES, Luiz F.. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.7

_____. **Lei de Drogas comentada**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 111

_____. **Norma e bem jurídico no direito penal** (Série As ciências criminais no século XXI: V.5). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

_____. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9180>. Acesso em: 9 out. 2020. Página 216.

_____. **Lei de Drogas comentada.** 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 122

_____. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 443 – 444.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada: Lei nº. 11343/ 2006.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 4ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009, p. 26.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. P. 52.

GUIMARÃES, Isaac S.. **Tóxico: Comentários, Jurisprudências e Prática** (à luz das leis 10.409/02 e 6.368/76). 3. ed. ver,atual e ampl. Curitiba: Juruá, 2004, p.25.26.

KARAM, Maria L.. **De crimes, penas e fantasias.** 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26.

_____. **Drogas ilícitas e globalização: A proibição causa a maioria dos danos associados às drogas.** Narconews. Rio de Janeiro, 18 mai. 2003.

_____. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos, as drogas tornadas lícitas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 30

KARAM, Maria L. **Proibições Riscos, Danos e Enganos as Drogas Tornadas Ilícitas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 09p.

_____. **A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo.** Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 167, p. 7, out., 2006

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.