

**UniAGES
Centro Universitário
Bacharelado em Direito**

ALOISIO LIMA CERQUEIRA

A LACUNA OBJETIVA DO ART. 28 DA LEI 11.343/06:
Violação de princípios constitucionais e contribuição para as
condenações automáticas por tráfico de drogas

**Paripiranga
2021**

ALOISIO LIMA CERQUEIRA

A LACUNA OBJETIVA DO ART. 28 DA LEI 11.343/06:
Violação de princípios constitucionais e contribuição para as
condenações automáticas por tráfico de drogas

Monografia apresentada no curso de graduação do
Centro Universitário AGES como um dos pré-requisitos
para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Domingos de Oliveira

Paripiranga
2021

ALOISIO LIMA CERQUEIRA

A LACUNA OBJETIVA DO ART. 28 DA LEI 11.343/06:
Violação de princípios constitucionais e contribuição para as
condenações automáticas por tráfico de drogas

Monografia apresentada como exigência parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito, à
Comissão Julgadora designada pelo colegiado do
curso de graduação do Centro Universitário
AGES.

Paripiranga, ____ de ____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Marcelo Domingos de Oliveira
UniAGES

Profa. Adriana Caetana dos Santos
UniAGES

A minha falecida avó, maior responsável por
meu ingresso e continuidade na graduação.
A minha mãe, igualmente responsável por essa
conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me permitir mais essa conquista e todas as outras, durante o decorrer dessa jornada, que me fizeram chegar até aqui.

A minha avó (*in memoriam*), responsável por incentivar meu ingresso na academia, bem como contribuir para a minha permanência na Faculdade durante os anos de graduação.

A minha mãe, também responsável por minha continuidade e por sempre me apoiar e me aconselhar nessa trajetória.

A todos meus familiares e amigos, a minha tia Josefa, minha madrinha Érica, meus amigos-irmãos Arthur, Genivaldo (Juninho), Tamires e Luzia, amigos e colegas – da faculdade (de modo geral), a Samara e Karolyne Matsunaga (Japa) que estiveram ao meu lado durante toda a jornada acadêmica e que eu desejo todo sucesso e felicidade que o ser humano pode alcançar.

A todos os professores que foram/são peça fundamental e indispensável para minha formação, em especial, meus singelos agradecimentos ao Professor José Marcelo que sempre acolheu a todos os alunos com enorme carinho e dedicação, o senhor é uma das inspirações que levarei eternamente para minha vida.

Aos amigos e amigas das repúblicas que conheci durante esses 05 (cinco) anos que, da mesma forma, me ajudaram e superar cada obstáculo. Vocês fazem parte dessa conquista, meu muito obrigado!

“Mas isso aí é o que o governante quer, é ver nós aqui mesmo, porque ele não liga pra nada [...] Nós tem pouco estudo, se bate, tem uns amigo até que não estudou. Então pra nós trabalhar é foda. Tu tá ligado que eles discrimina nos a vera mesmo. Então o nosso único recurso é recorrer a isso daí, a boca de fumo tá ligado? Pra nós sobreviver, sustentar nossa família.”

Documentário: “Falcão - meninos do tráfico”

RESUMO

O presente estudo busca compreender a (in) constitucionalidade do artigo 28 da atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Para tanto, buscou-se compreender a relação entre drogas e o ser humano, bem como o tratamento dado ao usuário de substâncias psicoativas desde o século XVII/XVIII com os editos Chineses que criminalizaram a produção, comércio e, posteriormente, uso do ópio. A necessidade de um controle de constitucionalidade do dispositivo citado se dá por violação aos princípios constitucionais da intimidade, privacidade e da autodeterminação (intrinsecamente ligados ao princípio da proporcionalidade), que será feito através dos três níveis de análise de controle de constitucionalidade quanto as normas voltadas aos crimes de perigo abstrato em conflito com direitos fundamentais utilizado pela Corte Constitucional Alemã ao analisar o caso *Mitbestimmungsgesetz* em que distinguiu três categorias de intensidades de controle das leis, sendo eles *Evidenzkontrolle*: controle de evidencia; *Vertretbarkeitskontrolle*: controle de justificabilidade e *intensivierten inhaltlichen Kontrolle*: controle material de intensidade. Além disso, buscou-se demonstrar a necessidade de, em caso de ser considerado constitucional o referido dispositivo ou não, ser fixados critérios objetivos para diferenciar a figura do usuário de drogas para o traficante e como essa lacuna objetiva funciona como uma forma de limpeza social no encarceramento em massa de parcela da população carente. Buscou-se ainda entender a tutela do Direito Penal no caso dos usuários de drogas tendo em vista que este detém características de utilização em *ultima ratio*, ou seja, como último meio a ser utilizado e se o tratamento dado ao usuário de drogas com a atual legislação surte uma maior efetividade ao que se propõe, estando estes sob a tutela da saúde pública ou do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Políticas Proibicionistas. Substâncias Psicoativas. Crime Organizado. Encarceramento. Violência. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present study seeks to understand the (in) constitutionality of article 28 of the current Drug Law (Law 11.343 / 06). To this end, we sought to understand the relationship between drugs and the human being, as well as the treatment given to the user of psychoactive substances since the 17th / 18th century with the Chinese edicts that criminalized the production, trade and, later, the use of opium. The need for a constitutionality control of the aforementioned provision is due to violation of the constitutional principles of intimacy, privacy and self-determination (intrinsically linked to the principle of proportionality), which will be done through the three levels of analysis of constitutionality control regarding the norms aimed at the crimes of abstract danger in conflict with fundamental rights used by the German Constitutional Court when analyzing the *Mitbestimmungsgesetz* case in which it distinguished three categories of intensities of control of the laws, namely *Evidenzkontrolle*: control of evidence; *Vertretbarkeitskontrolle*: control of justification and *intensivierten inhaltlichen Kontrolle*: material control of intensity. In addition, seek to demonstrate the need, in case the said device is considered constitutional, to establish objective criteria to differentiate the figure of the drug user from the trafficker and how this objective gap works as a form of social cleansing in incarceration mass portion of the poor population. We also sought to understand the protection of Criminal Law in the case of drug users, given that it has characteristics of use in *ultima ratio*, that is, as the last means to be used and if the treatment given to the drug user with the current one legislation is more effective than what is proposed, being under the protection of public health or criminal law.

KEYWORDS: Drugs. Prohibitionist Policies. Psychoactive Substances. Organized crime. Incarceration. Violence. Constitutionality Control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A POLÍTICA DE “GUERRA DAS DROGAS”: OS LIMITES DA TOLERÂNCIA	15
2.1 Da Proibição ao Ópio as Organizações criminosas Internacionais	16
2.2 Consumo e Adoecimento: O Despertar dos Estados	19
2.3 A Política norte-americana de combate às drogas.....	23
2.4 Drogas, violência e criminalidade: os números de uma guerra perdida.....	27
3 O COMBATE AS DROGAS NO BRASIL.....	32
3.1 O tráfico de drogas no Brasil.....	32
3.2 A falência do sistema carcerário, sinais e sintomas da política de drogas brasileira	34
4 A LEI DE DROGAS, POBRES E PRETOS: JUSTIÇA OU LIMPEZA SOCIAL?.....	42
4.1 A legislação brasileira de combate às drogas	42
4.2 A conduta do usuário de drogas e os tribunais brasileiros	48
4.3 A Lei de Drogas e a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas-RE 635.659/SP.....	51
4.4 A descriminalização das drogas: um debate em curso e os tribunais.....	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

O ponto de partida do nosso estudo é a Lei n. 11.343/06, denominada Lei de Drogas, em específico o fato de a posse de drogas para consumo próprio não mais prevê a pena privativa de liberdade para tal conduta, diferente da Lei n° 6.368/1976, que regulava o assunto e previa a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. Acontece que ao editar a referida norma, o legislador deixou uma lacuna objetiva que diferencie a figura do usuário para o traficante, trazendo no *caput* dos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas, núcleos do tipo idênticos, deixando o legislador, a critério do juiz a faculdade dessa distinção unicamente por critérios subjetivos previstos no §2°, do referido art. 28, o que viola os princípios constitucionais da privacidade e da intimidade, bem como contribuindo para condenações automáticas por tráfico de drogas baseada nas condições socioeconômicas e características físicas do indivíduo.

O estudo desta temática teve início aqui através da análise do problema que é a ausência de critérios objetivo sobre a quantidade de drogas para diferenciação do usuário para traficante e, assim, abre espaço para a seletividade do sistema punitivo, tendo em vista que os critérios subjetivos presentes no § 2°, art. 28 da Lei n° 11.343/06 leva em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida, circunstâncias sociais e pessoais do indivíduo, o local e as circunstâncias as quais se desenvolveu a apreensão, entre outros.

Portanto, percebe-se que fica a critério do Estado-juiz determinar tal distinção. O grande problema em delegar essa atribuição a partir de fatores subjetivos do indivíduo julgado é a seletividade do sistema punitivo e o controle da população menos favorecida economicamente.

Analisando ainda a figura do usuário, a de se pensar se as medidas coercitivas previstas no art. 28 da Lei de Drogas condiz com a possibilidade de a conduta do agente ser em potencial que as legitimem. O Direito Penal tem por objetivo a tutela de bens jurídicos como o patrimônio e a vida. Nesse caso em específico, tutela-se a saúde coletiva, todavia a possível lesão a esses bem jurídicos legitima a sanções em âmbito penal, sendo este de característica *ultima ratio*?

Além disso, levanta-se outra indagação: de que maneira a presença da

elementar objetiva relacionada à quantidade de drogas para diferenciação do usuário para o traficante pode influenciar na diminuição da seletividade penal para o crime de tráfico de drogas?

Com isso, tem-se por justificativa que a população carcerária segundo último levantamento do INFOPEN feito em 2017, nos primeiros 6 (seis) meses daquele ano, o Brasil contava com 726.354 (setecentos e vinte e seis, trezentos e cinquenta e quatro) pessoas privadas da sua liberdade. Desse número, 136.149 (cento e trinta e seis mil cento e quarenta e nove) pessoas (entre homens e mulheres).

Ainda, segundo dados do INFOPEN, os crimes de roubo e tráfico foram responsáveis por maior parte das prisões, em sua maioria, compostas por jovens, pretos ou pardos e com baixa escolaridade.

Outro estudo publicado na Revista Jurídica de Presidência intitulada de: Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas, fez um levantamento entre março de 2007 e julho de 2009 nas cidades de Brasília e Rio de Janeiro, traçando uma reflexão sobre a política de drogas adotadas pelo Brasil.

Do estudo supra, extrai-se que 80% das condenações se deram por prisão em flagrante, de indivíduos que estavam sozinhos (aproximadamente 60%), por abordagens realizadas na rua (cerca de 82%), com uma pequena quantidade de drogas (inferior a 100g), sendo que na cidade de Brasília, aproximadamente 53,9% dos casos se deu por apreensões entre 10 e 100g maconha.

Outro ponto pertinente a ser analisado é que, na mesma Capital, a droga mais comum encontrada nos processos diz respeito a maconha, correspondendo a um percentual de 46,9% dos casos, diferente do Rio de Janeiro em que a cocaína lidera o *ranking*, sendo que, em apenas 1,8% dos casos houve menção ao envolvimento com organizações criminosas.

Da análise dos dados acima é possível compreender que a ausência de requisito objetivo relacionado a quantidade e natureza da droga tem ocasionado o encarceramento em massa de indivíduos abordados com baixa quantidade de drogas, que em sua maioria se trata de usuários que, dada a suas condições socioeconômicas, são tipificados como traficantes. Em sentido contrário, na melhor das hipóteses, o sistema punitivo viola princípios constitucionais relacionados a intimidade e privacidade destes indivíduos nas sanções previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Traçando uma linha comparativa do estudo, o estado da arte tem o cerne levantado no presente estudo a algum tempo vem sido debatido entre juristas e legislativo, dado ao exponencial aumento das prisões por tráfico de drogas após promulgação da Lei nº 11.343/06, ainda que esta trouxesse uma redação mais branda as sanções dadas a figura do usuário.

O Supremo Tribunal Federal através do RE 635659, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, iniciou o julgamento a respeito da (in) constitucionalidade do porte de drogas para uso pessoal, sendo o relator favorável ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, acompanhado em seu voto pelos Ministros Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso, restando voto dos demais ministros.

Baseia-se, portanto, a presente discussão por meio de dados disponibilizados pelo INFOPEN (Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário brasileiro), Revista Jurídica da Presidência em seu v. 11, n. 94 (2009), aos quais nos traz números relacionados as condenações por tráficos e seus reflexos no sistema carcerário brasileiro, numa análise mais detalhada da figura do encarcerado por tal crime, assim como a quantidade de drogas que motivou a condenação.

Votos já proferidos no julgamento do Recurso Especial nº 635659, trazendo uma análise a respeito da inconstitucionalidade da lacuna objetiva do art. 28 da Lei de Drogas.

Artigos, teses de monografias e trabalhos de conclusão de curso, que trazem uma análise a respeito da seletividade do sistema punitivo relacionado aos crimes de Tráfico de Drogas.

Doutrinas tanto do Direito Constitucional quando do Direito Penal que permitem fazer uma análise acerca dos procedimentos adotados em conflitos de princípios de interesse coletivos com o de particulares, bem como reforçar o entendimento sobre a seletividade do sistema punitivo brasileiro.

Com a problemática acima referida, desenvolve-se a pesquisa com o objetivo geral no qual compreendeu como a lacuna objetiva do artigo 28 da lei nº 11.343/06 com relação à quantidade de droga que diferencie o usuário de traficante contribui para as condenações em automático por tráfico de drogas de determinada classe social, bem como a ausência de proporcionalidade entre a proteção do bem jurídico tutelado que justifique o tratamento em âmbito penal do usuário.

E como objetivos específicos: entendeu a contribuição da lacuna objetiva do artigo 28 referente à quantidade de drogas nas condenações por tráfico de drogas

de acordo com as condições socioeconômicas e racial do indivíduo julgado; compreendeu a constitucionalidade das normas abstratas e seus limites; demonstrou a desproporcionalidade da norma em abstrato em relação aos princípios da privacidade e intimidade através do controle de constitucionalidade; entendeu o Direito Penal como *ultima ratio*; identificou se o usuário de drogas é competência de saúde pública ou do Direito Penal.

Desenvolvidos os objetivos, levantou-se a seguinte hipótese: a falta de um caráter objetivo relacionado a quantidade de drogas que diferencie a figura do usuário para traficante contribui para as condenações baseadas nas condições socioeconômicas do indivíduo que, na maioria das vezes, é preso com uma quantidade ínfima de drogas e, a partir do momento que aplica-se sanções penais a figura do usuário de drogas, inclusive com a consequente privação da sua liberdade, há de se analisar se, de fato, o bem jurídico protegido pela norma e sua finalidade é dotada de eficácia que justifique a violação de princípios constitucionais.

Quanto a parte metodológica da pesquisa, o presente estudo caracteriza-se como uma pesquisa quanto aos princípios da intimidade e privacidade na ponderação quanto a constitucionalidade de norma abstrata.

A pesquisa requer uma série de fatores essenciais para seu desenvolvimento, fatores estes técnicos para uma melhor apresentação e organização do que se presente apresentar, com o consequente melhor entendimento por parte do leitor. A presente pesquisa bibliográfica trata-se de estudo bibliográfico, no intuito de entender a origem e desenvolvimento do problema e suas soluções, para tanto, o faz por meio de obras e materiais já publicados.

Pode-se perceber a presença da fase explicativa, levando em consideração a identificação de fatos que contribuem para a ocorrência de um fenômeno, visando uma melhor compreensão da realidade.

Levando em consideração que o presente projeto apresenta dados para solidificar uma carga teórica apresentada, trata-se de pesquisa qualitativa e quantitativa.

Como a Pesquisa parte de uma análise geral, estudando as normas abstratas em conjunto com princípios constitucionais e a proporcionalidade entre ambos a fim de identificar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n° 11.343/06, para uma análise mais específica, como dos indivíduos presos por tráfico, nota-se que se trata do método dedutivo (GIL, 1994).

O estudo se deu por meio da técnica de interação de dados extraídos da pesquisa bibliográfica e explicativa, levando em consideração a necessidade de uma compreensão teórica quanto aos temas tratados de como os problemas encontrados surgem, bem como uma análise de dados de tais problemas e interligação com o referencial teórico para apresentação de soluções.

O presente estudo encontra-se dividido em 5 (cinco) capítulos, no qual o primeiro tem caráter introdutório a fim de familiarizar o leitor com a proposta apresentada na pesquisa.

O segundo capítulo traz uma abordagem evolutiva da relação do homem com substâncias psicoativas e como foram aplicadas as primeiras legislações proibicionistas e quais os resultados dessa aplicação.

No terceiro capítulo foi abordado os reflexos da política proibicionista adotada pelo Brasil, em especial, analisando a falência do sistema carcerário e como a atual lei de drogas contribuiu e contribui para essa falência.

Já no quarto capítulo aborda-se como a ausência de um critério objetivo, no tipo penal do art. 28 da lei de drogas que diferencie o usuário do traficante, contribui para a seletividade penal. Além disso, se há efetividade nas medidas impostas para proteção do bem jurídico tutelado no crime do art. 28, por se tratar de crime abstrato e se, tais medidas violam princípios constitucionais.

Por fim, o último capítulo traz a conclusão, sobre o atual tratamento do usuário dentro da legislação brasileira, mostrando suas falhas e consequências, não só para saúde pública (bem jurídico tutelado), mas também para segurança pública, tendo em vista que o mercado de substâncias psicoativas é de monopólio de organizações criminosas.

2 A POLÍTICA DE “GUERRA DAS DROGAS”: OS LIMITES DA TOLERÂNCIA

O uso de substâncias psicoativas está associado ao ser humano desde a pré-história. Como nos explica Magri (2007), ou seja, o ópio era utilizado pela população do antigo Egito e do Mediterrâneo, fazendo parte também, como ingrediente de remédios e sedativos no império Romano. Não só o ópio, mas o álcool também já era utilizado pelos povos antigo, como relatado pela Bíblia no livro do cristianismo.

O antropólogo Edward MacRae (2001, p. 25), nos mostra que “o uso de bebidas alcoólicas remonta desde à pré-história e seu emprego como medicamento já era mencionado nas tábuas de escritura cuneiforme da Mesopotâmia em 2.200 a.C.” e, uma vez reconhecida a relação do homem com drogas psicoativas, é fundamental observar, também, a variação de usos e sentidos ao longo do tempo, para compreendermos as restrições legais existentes em nosso ordenamento jurídico atual.

O consumo, do que hoje classificamos como drogas, em um sentido espiritual/religioso, estão atreladas ao ser humano desde que passamos a ser dotados de consciência no intuito de buscar a fuga da realidade e se aproximar do(s) divino(s). Assim como, durante a Idade Média, o uso da *cannabis* era comum na época das navegações na confecção de velas dos navios (FONSECA e BASTOS, 2012).

Curiosamente, o ato de se entorpecer, não está somente atrelado ao ser humano de modo que, o estado de embriaguez e outras formas de alteração da percepção da realidade e comportamento são buscados por diversos animais por meio de frutos e raízes que, de forma proposital, alteram seu comportamento (JONAS; JONAS, 1980).

Conforme o consumo dessas substâncias foi se tornando parte da cultura humana, vão se descobrindo os malefícios causados por seu uso abusivo, a exemplo da China, como será melhor abordado adiante, que sofreu uma crise social e sanitária em decorrência do aumento de dependentes do ópio.

Todavia, com a inserção de políticas proibicionistas visando cessar ou minimizar os problemas causados pela abusividade do consumo de álcool, o que se

observa é seu agravamento, com aumento do número de consumidores, surgimento e fortalecimento do crime organizado, encarceramento em massa e aumento da violência (MEDEIROS, 2019).

Percebe-se que os problemas causados pela proibição, levando em consideração o fato de que as drogas estão intrinsecamente ligadas não só ao homem, mas a todos os tipos de vida dotados de alguma consciência, são deveras prejudiciais do que aqueles causados naturalmente por seu consumo, além de gerar:

[...] um incremento na ilegalidade e na criminalidade, pois eram atividades sancionadas socialmente e de difícil controle. Os problemas gerados pela proibição seriam superiores aqueles provocados pelas próprias substâncias. Mesmo algumas práticas altamente condenadas, como o costume de dar ópio para os bebês, deveriam ser enfrentadas com campanhas informativas. (TORCADO, 2016, p.128)

Um dos grandes problemas originados pela proibição é a comercialização de substâncias psicoativas por grupos criminosos fazendo surgir novas organizações criminosas e fortalecendo aquelas já existentes, conforme veremos no tópico a seguir.

2.1 Da proibição ao ópio as organizações criminosas Internacionais

O ópio é utilizado desde os povos antigos como os antigos egípcios, gregos e romanos, tendo como finalidade a religião e o uso recreativo (DUARTE, 2005; BELLIS, 1981).

No século XVIII, o uso do ópio deixa de ter um fim espiritual/religioso e passa a ser popular em âmbito científico, de forma medicinal, se consolidando em diversos países da Europa, em especial, na Inglaterra, sendo a substância e seus derivados amplamente difundidos até meados do século XIX (TORCADO, 2016).

Durante esse período, a droga, por si só, não era considerada um problema tendo em vista que se tratava de mercadorias que proporcionavam grandes lucros as nações que exploravam a sua comercialização, como por exemplo, Portugal, Espanha, Holanda e Inglaterra, que lideravam as grandes navegações (PERFEITO, 2018). Percebendo a grande oportunidade econômica em conjunto com o potencial

no cultivo da papoula, a Índia passa a cultivá-la em todo o seu território. Despertando também o interesse comercial dos Ingleses haja vista o aumento da demanda que resultaria na aferição de grandes lucros.

A China, que já era uma grande consumidora do ópio culturalmente, tornou-se uma grande importadora da papoula indiana comercializada pela Inglaterra, estabelecendo assim, uma forte aliança entre as três nações na produção, comércio e consumo dessa substância psicoativa.

Acontece que, devido ao grande aumento da oferta e demanda em conjunto com o hábito inglês de inalação da fumaça por meio de cachimbos – que proporciona a potencialização dos efeitos psicotrópicos do ópio – adotado pelos chineses, originou-se uma grande crise social e sanitária na China dado o aumento no número de dependentes dessa substância, ou seja,

A disseminação da técnica de inalação da droga, substituiu o fim medicinal que a cultura chinesa antes disseminava. Os casos de dependência logo passam a ser notados e seu consumo começou a provocar um sentimento contrário quanto ao seu comércio por parte do imperador chinês. (PERFEITO, 2018, p. 20)

Visando solucionar o problema originado pelos casos de dependência causados pelo ópio, em 1800, o governo chinês proibiu a importação e produção dessa substância em seu território e, mais tarde, em 1813, por meio de outros editos, proibiu o fumo da droga.

As medidas adotadas pelo governo chinês, no entanto, acabaram agravando ainda mais a crise pela qual passava, pois, os ingleses passaram a comercializar a droga de forma ilegal para China que, sem nenhuma fiscalização dada a ausência de regulamentação por conta da proibição, movimentou toneladas da substância, tornando o vício uma epidemia.

A primeira conhecida Guerra ao Ópio aconteceu em 1839 após o governo Chinês destruir um carregamento com 1.360 toneladas de ópio vindos da Inglaterra:

o imperador chinês Lin Tso-Siu decidiu, provavelmente em nome da saúde pública chinesa, apreender e destruir um carregamento de 1.360 toneladas de ópio, que resultou na primeira declaração de guerra da Inglaterra à China, sob o fundamento do “livre comércio”. A rainha da Inglaterra considerou uma “injustiça” contra seus súditos e o Parlamento inglês autorizou o envio de tropas para obter “reparações”, culminando com a guerra vencida pela Inglaterra, que obtém, além de uma indenização, a cessão de Hong-Kong, para ali instalar base naval e comercial (D’ELIA FILHO, 2007, p. 78).

Nesse mesmo período, a conhecida Tríade Chinesa, uma antiga organização criminosa, que incentivavam os camponeses a cultivarem a papoula e o ópio desde 1842 (quando ainda era legal), passaram a exercer suas atividades ilícitamente, produzindo e traficando a substância (OLIVEIRA, 2017).

A segunda Guerra do Ópio também se deu por motivações políticas e econômicas, no ano de 1857, devido, novamente, a um incidente envolvendo um navio inglês, todavia, dessa vez os ingleses contavam com a ajuda da França, interessada no comércio (MAGRI, 2007).

Posteriormente, em 1909, por meio da Comissão de Xangai, foi criada a Comissão do Ópio dando origem ao Sistema Internacional de Controle de Drogas ficando estabelecido que nenhum país pudesse regulamentar, de forma isolada, o uso de drogas, tendo em vista que suas atividades comerciais se davam através de fronteiras e jurisdições (PERFEITO, 2018).

Em 1912, mais uma vez motivada pelos EUA – uma vez que a Guerra das Drogas tinha como objetivo também o estabelecimento da grande potência mundial -, acontece a 1ª Convenção de Haia exigindo a limitação na produção e comércio do ópio e morfina e, regulamentando pela primeira vez a cocaína, restringindo o uso lúdico, mas permitindo o uso médico dessas substâncias, impactando diretamente o desenvolvimento econômico da Inglaterra, já que parte de sua economia via da exportação do ópio. De forma indireta, o interesse dos EUA para aprovação de uma normativa internacional sobre drogas se dá pela vontade de editar normas federais mais rígida que deveria ser seguida pelos Estados Americano.

A assinatura do Convênio da Haia de 1912 marcou o início do controle penal internacional de drogas, tendo o governo americano usado tal instrumento para justificar a necessidade de alterar suas leis internas, consideradas frágeis e restritas. Sob tal influência, o Congresso Nacional Americano editou leis federais rígidas, e impôs o controle federal sobre os estados, culminando com a edição do Harrison Act, de 1914, ainda mais complexo e severo do que os acordos internacionais assinados (RODRIGUES, 2006, p. 50-51).

Em 1925, a Segunda Convenção Internacional do Ópio é aprovada, por meio da Liga das Nações, sendo estabelecido que os Estados-parte enviassem anualmente estatísticas sobre a produção, fabricação e consumo de drogas.

Estados Unidos e China, as duas nações mais fervorosas com o

proibicionismo não assinaram a convenção sob argumento de que não estavam sendo impostas medidas restritivas eficazes.

A partir daí, dado o interesse dos Estados de proibição das drogas de modo geral, o ópio passou a ser regulamentado junto com outras drogas, a exemplo da Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas de 1936, em que ficou estabelecido que os Estados-parte deveriam adotar medidas para:

- [...] punir severamente, e, sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:
- a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções [Convenção da Haia, de 23 de janeiro de 1912, e das Convenções de Genebra, de 19 de fevereiro de 1925, e de 13 de julho de 1931];
 - b) participação intencional nos atos mencionados neste artigo;
 - c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados;
 - d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios. (BRASIL, 1938)

Por meio dessa convenção criminaliza-se o comércio de drogas que eram regulamentadas por tratados anteriores, sendo o primeiro com característica de mandato criminalizante, devido ao fato das autoridades reconhecerem o consumo como aspecto central de um processo de adoecimento, como será debatido no próximo tópico.

2.2 Consumo e adoecimento: o despertar dos Estados

O ato de consumir, de modo geral, tem seu embrião junto ao surgimento da vida no universo, uma vez que por esse ato, saciamos desejos essenciais ou não para a manutenção e desenvolvimento da vida. Bauman (2008) ao fazer uma relação entre o ato de consumir e o ser humano exemplifica:

Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. (BAUMAN, 2008, p. 37)

Não só no intuito de satisfazer as necessidades essenciais para a manutenção da vida do homem (fome e sede), o ser humano, por meio do consumo, como nos ensina Bauman (2008) busca satisfazer o nosso “querer”, “desejar”, aquilo que nos traz a sensação de existência, experimentando essa emoção repetidamente influenciando diretamente no estilo e qualidade de vida social, fixando padrões nas relações inter-humanas.

Trazendo essa perspectiva para o objeto de estudo do presente trabalho, o consumo de substâncias psicoativas pela humanidade é considerado um fenômeno histórico-cultural por motivações, conforme abordado anteriormente, em um primeiro momento religioso e, em meados do século XX, passando a ter características médicas, seja na busca de prazer, redução de tensões psicológicas e/ou físicas, controle de humor etc.

Somada a essa transição do controle religioso do uso de substâncias psicoativas, com aspectos morais da política do puritanismo norte-americano que se fortalecem o discurso da medicalização, aproximando-o da criminalização, convergindo entre si “na legitimação da ilegalidade de determinadas drogas pela proteção ao que se denomina, no campo do Direito, como o bem jurídico da saúde pública.” (MEDEIROS; FARIA; CAMPOS e TÓFOLI, 2019, p. 03).

as sociedades modernas não apenas se apropriaram do consumo de drogas, mas também contribuíram para a efetivação do que hoje se entende como o problema das drogas e isso aconteceu por meio de duas principais vias, a saber: 1) a medicalização e 2) a criminalização pelo consumo do que até então ainda não eram concebidas como drogas. (OLIVEIRA, 2017, p. 46-47).

Parece-me um tanto quanto controverso utilizar-se da política de criminalização sob argumento de tutela da saúde pública. Veja, especialmente em relação às substâncias psicoativas, excluí-las do meio social parece-me uma tarefa impossível, analisados ao início da sua utilização pelo homem (Duarte, 2005; Bellis, 1981) e como passaram a fazer parte da cultura de diversos povos ao longo de gerações (PERFEITO, 2018).

Diante disso, utilizar-se da criminalização não se mostra um meio eficaz de combate aos problemas ocasionados pelas drogas. Ao proibir retira-se a possibilidade de regulamentação, o que impossibilita, por exemplo, a inserção de

políticas preventivo-educativas quanto às consequências da utilização de determinada substância. Soma-se a isso, a ausência de controle quanto a produção e venda, bem como sobre o perfil dos consumidores uma vez que a comercialização será feita ilicitamente por grupos criminosos.

Os reflexos negativos da criminalização observam-se na prática com os editos Chineses de 1800 e 1813 quando proibiu a importação, produção e posteriormente o fumo do ópio:

Em 1800 um ato oficial do governo chinês proibiu tanto a importação de ópio quanto sua produção interna em território chinês, e em 1813 outros editos proibiram o fumo de ópio. Como não conseguiam ampliar o comércio de mercadorias com os chineses, os ingleses passaram a vender ópio de forma ilegal para a China. Em pouco tempo, os ingleses estavam vendendo toneladas de ópio, tornando o vício uma epidemia. (PERFEITO, 2018, p. 20).

Como consequência da política proibicionista da China, podemos citar, segundo Dikotter (2004): o encarceramento entre doentes com a saúde debilitada (com infecções e sem tratamento) de outros presos, ocasionando o óbito de milhares por doenças; surgimento e popularização da injeção hipodérmica, novidade implementada pelo tráfico ilícito, proliferando doenças; entre outros.

Podemos perceber um efeito parecido nos EUA quando da criminalização do álcool com a Lei Seca na década de 1920 e que se estendeu até 1933, e aqui cabe observar o fato de...

o consumo do álcool foi progressivamente assumindo produção em larga escala com a chegada da industrialização, o que fez com que os preços se popularizassem e, conseqüentemente, ocorresse um maior nível de consumo dessa substância. Assim, alguns problemas são evocados, como a presença do alcoolista no meio social, emergindo a necessidade de ações controladoras e proibitivas, a exemplo da referida lei nos EUA que, contrariamente à proposta inicial, não surtiu o efeito desejado, despertando ainda mais o uso do álcool nos habitantes desse país. (OLIVEIRA, 2017, p. 46-47).

Percebe-se que a partir do momento em que as drogas deixam de ser regulamentadas e passam a ser tratadas pelas características trazidas pelo século XX, qual seja: a criminalização pelo caráter penal e a hegemonia internacional, tem-se o surgimento de problemas ligados a saúde Coletiva:

Antes, contudo, de o paradigma proibicionista tornar-se internacionalmente hegemônico, ocorreram experimentos iniciais de proibição de psicoativos. Aqui, merece destaque a proibição do uso do álcool pelo *Volstead Act* nos Estados Unidos – conhecida no Brasil como Lei Seca – cujos resultados em termos de Saúde Coletiva já anunciavam os problemas associados a esta política. [...]

Seus efeitos, entretanto, podiam ser caracterizados por uma série de consequências indesejadas: corrupção de agentes na hierarquia do Estado, altos índices de encarceramento e formação de um circuito ilegal de circulação do álcool dirigido pelo crime organizado. Além disso, chama atenção a escalada, à época, do uso não seguro do álcool, com mortes, intoxicações e sequelas físicas provocadas pela ingestão de destilações de álcool impróprias para o consumo. (MEDEIROS, *et al.* 2019, p. 3-4)

Tanto na China do século XIX, quanto nos EUA do século XX, podem-se perceber consequências quase que padronizadas quando adotado a política de criminalização de substâncias psicoativas. Passados mais de um século dos primeiros editos proibindo a importação, produção e consumo do ópio até a proibição da comercialização e consumo do álcool (Lei seca) observa-se o deslocamento do comércio, fortalecendo a criminalidade; a fabricação de drogas sem nenhum tipo de controle de qualidade, ocasionando patologias no usuário diversas daquela comum por seu uso; surgimento de novas drogas ou meio de consumo (daquelas já existente) de forma mais acessível e o auto índice de encarceramento.

O consumo de substâncias psicoativas cresceu assustadoramente a partir da segunda metade do século XX, configurando-se nas últimas décadas desse século como um fenômeno de massa e como uma questão de saúde pública. Sendo assim, em função da complexidade desse fenômeno na atualidade, a dependência química é um problema que vem recebendo crescente atenção, mobilizando tanto o sistema de saúde (PRATTA e SANTOS, 2009, p. 208, *apud* Aguilar & Pillon, 2005; Canoletti & Soares, 2005; Martins & Corrêa, 2004).

Verifica-se que, ao contrário do que propõe a política proibicionista desde o século XIX até os dias atuais – com veremos no capítulo seguinte -, sua implementação ocasiona problemas diretos tanto a saúde coletiva, quanto a segurança pública, pelo aumento do poder econômico do crime organizado oriundo do monopólio da comercialização dessas substâncias.

2.3 A Política norte-americana de combate às drogas

Conforme abordado anteriormente, o interesse dos EUA em que fossem estabelecidas normas de âmbito internacional em relação ao combater ao tráfico de drogas estava associado em se estabelecer normas de âmbito federal, motivados pela influência do protestantismo, de maior repressão aquelas já existentes.

Às vésperas da Conferência de Xangai, em 1909, os EUA editaram a lei “*Smoking Opium Exclusion Act*”, fazendo com que o ópio passasse a ser considerada uma substância criminosa, todavia, permitindo a sua utilização por empresas farmacêuticas registradas. As consequências da proibição evidenciaram que tal atitude não resultou na diminuição do consumo da substância, o que se observou foi o redirecionamento do mercado, uma vez que com a proibição abriu-se a oportunidade de que contrabandistas pudessem arrecadar grandes valores pelo aumento dos preços dessa substância.

Ao tornar ilegais as importações de ópio, exceto aquelas feitas por empresas farmacêuticas registradas, estimulou o contrabando, a subida dos preços e o crime, sem impedir o consumo de seus sucedâneos. Cedo revelou-se, portanto, que as tentativas de controle simplesmente redirecionariam o mercado. (SILVA, 2013, p. 94)

Alguns anos mais tarde, foi sancionada a lei *Harrison Act*, em 1919, restringindo a comercialização do ópio, cocaína e derivados. Na mesma perspectiva, foi aprovada a Lei Seca em 1920, proibindo a venda e consumo do álcool em todo o território americano e, em 1924, tornou-se ilegal o uso e produção caseiro-doméstica da heroína.

Assim como se pode observar as consequências negativas oriundas da criminalização de substâncias psicoativas na China em 1800 e 1813, o mesmo aconteceu posteriormente a promulgação da *Harrison Act*:

Ao privar os usuários de acesso a fornecimentos lícitos de opiáceos, estimulou a expansão vertiginosa dos mercados ilícitos e da criminalidade. Levou ainda a uma mudança radical no perfil do consumidor: se antes era sobretudo a pessoa de meia-idade de classe média e sem histórico criminal, passou a ser o jovem de camada mais pobre com antecedentes criminais e, portanto, acesso mais fácil aos mercados clandestinos. E – consequência de especial gravidade – alimentou ainda mais o crime organizado. (SILVA, 2013, p. 95)

Os norte-americanos acreditavam no sucesso das implementações legislativa no controle de drogas baseados na administração de Theodore Roosevelt na redução do consumo do ópio fumado nas Filipinas que, em um primeiro momento, adotavam-se campanhas educativas voltadas a saúde pública, que depois foram complementadas por sanções punitivas para aqueles que as descumprissem.

Acontece que o sucesso das medidas adotadas por Roosevelt tem como base as especificidades do caso filipino, como nos explica Silva (2013), pelo fato do consumo, em sua grande maioria se dá por Chineses, por sua característica geográfica (insular) e colonial.

Tais fatores, até então, não foram levados em consideração quando analisado a eficácia das medidas impostas, fazendo com que os EUA tivessem uma “sorte de principiante” e que motivaria, no futuro, com que essas medidas fossem levadas para todo o território americano, resultando em diversos problemas que motivaram, em 1933 com Franklin D. Roosevelt a extinção oficial da Lei Seca sob fundamento das consequências negativas que surgiram no meio social durante sua vigência, como por exemplo “injustiça, hipocrisia, corrupção desenfreada, crime organizado e continuação, na clandestinidade, do comércio e consumo do álcool” (SILVA, 2013, p. 94).

Não só isso, mas como consequência da Lei Seca, importante mencionar: “estimativas oficiais norte-americanas mostram que, em seus doze anos de vigência, a Lei Seca teria criado meio milhão de novos delinquentes e fomentado a corrupção em diversos escalões do governo.” (SILVA, 2013, p. 94).

Sabidamente, todo esse mercado ilegal instituído com a Lei Seca migraria para outros setores quando da sua revogação e regulamentação pelo Estado, e como destino tiveram o mercado da maconha e principalmente da heroína:

[...] em 1937, o Marihuana Tax Act, tipificando como delito a produção, distribuição e posse daquela droga. A consequência era previsível: extinta a Lei Seca, as máfias do álcool viram-se obrigadas a buscar novas fontes de lucros, voltando-se então para a heroína. (SILVA, 2013, p. 98)

Nos anos 1960, os EUA viviam um período de contracultura, ou seja, grupos libertários que apoiavam seus ideais em caminho totalmente diversos daquele promovido pelas famílias tradicionais americanas, movimento este, que se alastrou por todos os países do continente.

Todo esse movimento fomentou um intenso crescimento no consumo de drogas ilícitas e lícitas como opiáceos, cocaína, heroína e maconha. Nesse período, conforme nos ensina Silva (2013) consumia-se cerca de 2 mil toneladas de opiáceos sintéticos e semissintéticos. Cinco anos mais tarde (1965) a heroína – agora sendo considerados seus impactos na saúde dos usuários como uma epidemia – se alastrava pelos subúrbios da classe média, passando seu número de usuários de 50 mil (1960) para cerca de 500 mil (1965).

Pode-se, portanto, perceber uma verdadeira batalha entre grupos neoconservadores e os grupos libertários, este primeiro se sobressaindo na década de 70 com a mudança das figuras dominantes e motivado pelo conservadorismo e pelo aumento exponencial das drogas na década passada, o então presidente dos Estados Unidos Richard Nixon, anuncia a primeira Guerra às Drogas, conforme nos ensina Silva (2013):

Em junho de 1971, Nixon declarou formalmente a primeira “guerra às drogas” da história, tendo por alvo principal a produção e o tráfico de opiáceos. O consumo de cannabis e de cocaína não era ainda considerado tão preocupante, sendo esta última consumida, pelo seu alto preço, apenas pelas classes média e alta, com custos sociais reduzidos. Nesse contexto, o governo norte-americano convocou para consultas seus embaixadores nos países produtores. Iniciou novos programas de pesquisa voltados para o desenvolvimento de substitutos sintéticos dos opiáceos para uso medicinal. Criou a Comissão Nacional sobre Marihuana e Abuso de Drogas e a Drug Enforcement Administration (DEA), atribuindo a esta última a responsabilidade pela aplicação, dentro e fora do país, das leis sobre a matéria. Contribuiu para a aprovação do Foreign Assistance Act, lei de grande repercussão que permitiu, a partir de então, a suspensão da assistência econômica a nações não cooperantes no esforço antidrogas. (SILVA, 2013, p.121-122)

Aqui já é possível perceber a influência dos EUA na política de drogas adotada por diversos países, não no sentido de orientar, mas de impor que adotassem as mesmas medidas por ele impostas, como aconteceu com o Paraguai (centro sul-americano de contrabando e mediador da heroína vinda da Europa com destino aos EUA) que teve suspensa em 1972 sua linha de crédito e assistência militar por meio da *Foreign Assistance Act* (FAA) recém-aprovada pelo governo Nixon. Notadamente, as consequências oriundas da política proibicionista no meio social vista nos norte-americano se alastraria pelo mundo.

Dez anos mais tarde (1980) o sucessor de Nixon, Ronald Reagan, da início a segunda Guerra às Drogas, inovando na utilização da força militar (potencializando a

força bélica) para erradicação das drogas ilícitas e impondo medidas severas aos usuários, injetando cerca de 1,7 bilhões de dólares para implementação destas medidas:

O grito de guerra de Reagan representou, em certa medida, um esforço em prol da restauração de valores tradicionais. Em sintonia com as exigências do eleitorado, o discurso republicano relacionou o uso difundido de drogas ao declínio da moralidade e dos valores da família e à consequente corrupção dos jovens. Queriam os norte-americanos que seu governo defendesse o "American Way of Life" das ameaças percebidas, fossem elas o papel intrusivo do governo na condução dos negócios (resultando em demandas em prol da desregulamentação), ameaças vindas do "Império do Mal" (que deram origem à corrida armamentista contra a URSS), o terrorismo internacional (que resultou no bombardeio da Líbia) ou questões de cunho social (que desencadeou as cruzadas antiaborto, antiálcool e antidrogas). Tratava-se de uma versão moderna da reação antiliberal do começo do século que dera origem ao Harrison Act, com atores novos: o crack e a cocaína ao invés do ópio [...] (SILVA, p.134-135, 2013)

Complementando, aduz Herz (2002, p. 94):

[...] o Governo Reagan expandiu os esforços de combate às drogas a partir da teoria de narcoguerrilha, elaborando-se uma associação entre os cartéis de drogas colombianos, as guerrilhas esquerdistas e Cuba. Em 1986, é estabelecido um mecanismo de certificação unilateral, que estabelece que o presidente dos EUA deve relatar ao Congresso quanto à cooperação de cada país no combate às drogas. O país "sem certificação" não pode receber crédito do governo americano e um voto negativo norte-americano pode ser emitido em instituições financeiras multilaterais; além disso, sanções comerciais são previstas [...].

Reagan foi o nome do conservadorismo mais fiel a sua ideologia, rígido e opressor com qualquer indivíduo, sem que houvesse uma análise de todo o contexto fático para análise das medidas a serem impostas. Como nos explica Gomes (2012), os EUA de 1986 aprova-se uma lei que resulta no aumento de 100% as condenações por posse de crack, estar em posse de 5g resultaria em, no mínimo, 5 anos de cadeia. Assim, qualquer simples envolvimento com drogas transmite para a sociedade a ideia de mais um delinquente, mais um preso.

2.4 Drogas, violência e criminalidade: os números de uma guerra perdida

Desde a China antiga (1800 e 1813) quando se proibiu a importação, produção e, posteriormente, o fumo do ópio, foi possível analisar as consequências negativas da política proibicionista em relação a criminalização das drogas.

Frise-se que a crítica ora exposta com o presente trabalho não tem o intuito de estimular o consumo de substâncias psicoativas, pois, tal posicionamento ignoraria todos os problemas ocasionados pelo consumo de drogas. Todavia, buscase demonstrar que a política, hoje hegemônica, de combate às drogas originou os principais problemas que ela mesma busca repreender e pior, sem que houvesse logrado êxito aos fins aos quais se propôs os legisladores quando da sua criação.

Conforme abordado anteriormente, as medidas proibicionistas impostas no Ocidente e mais tarde nos EUA foram os principais motivadores para a criação de grupos criminosos e atrair criminosos que atuavam em outras esferas da criminalidade.

É justamente posterior a promulgação da Lei *Harrison Act* e da Lei Seca que aparece nos Estados Unidos o termo “*gangster*” que denomina os integrantes dentro de grupos criminosos que surgiam nas principais metrópoles norte-americanas.

Nos EUA, a situação foi agravada pela entrada em vigor do *Harrison Act* e da Lei Seca, que abriram novos ramos para a atuação criminosa, fornecendo produtos a explorar. Não por acaso, é dos anos vinte o surgimento do termo “*gangsters*”, referente aos membros das gangues criminosas organizadas que começavam a formar-se em Nova York, Chicago e outras cidades norte-americanas. (SILVA, 2013, p. 99).

Mais tarde, com a política adotada nos EUA pelo então presidente Nixon, as vitórias da primeira guerra às drogas – como a desconstrução da Conexão Francesa, principal rota de importação legal de drogas - mostravam-se quase que imperceptível e consideravelmente danosa, resultando no agravamento da situação que a própria Guerra as Drogas visavam extinguir ou minimizar, bem como de todas aquelas nações que adotaram (quase que sem escolha) a política norte-americana de enfrentamento das drogas.

Em face da extrema resiliência do narcotráfico e da mobilidade da produção de drogas e precursores, a vitória de Nixon na guerra às drogas seria

efêmera e onerosa, vindo a médio prazo a agravar seriamente o problema nos EUA e no hemisfério. Dispersou geograficamente a produção do ópio – até então concentrada em áreas tradicionais – para outros países em desenvolvimento, dificultando ainda mais seu controle. Desmantelou a Conexão Francesa em rotas menores e mais difíceis de detectar. Causou a substituição da máfia francesa por uma “Conexão Mexicana”. Estimulou a diversificação do consumo e o aumento dos preços e tornou as margens de lucro do tráfico ainda mais atraentes. O orçamento governamental para o combate às drogas aumentou de forma tão exponencial (US\$ 66 milhões em 1969, US\$ 796 milhões em 1973 e US\$ 1 bilhão em 1974), que os EUA começaram a tornar-se, nas palavras do assessor presidencial para o tema, um “complexo industrial do abuso de drogas” (SILVA, 2013, p. 123-124).

Diferente do que sustenta uma das teses favoráveis ao proibicionismo, as medidas adotadas, como se pode observar, não reduziram o consumo de drogas, pelo contrário, estimulou a diversificação do consumo, algo que se presenciou quando da entrada e vigor da Lei *Harrison Act* que modificou o perfil dos consumidores de opiáceos, fazendo com que novos grupos sociais passassem a consumir essas substâncias.

Parece-me um tanto quanto controversa a ideia de que as políticas proibicionistas, estimuladas pelos EUA, visem eliminar os problemas causados pelas drogas dentro da saúde e segurança pública, dado aos exemplos práticos experimentados pelos americanos desde a década de 1920. Mas qual seria o real interesse dos EUA ao impor (em especial no governo Reagan) sua política de combate às drogas a outros países, principalmente da América do Sul visto como principais produtores de drogas? Analisando por uma perspectiva externa. E quais seriam os reais motivadores (internos) que motivem a aplicação da fracassada guerra às drogas até a atualidade?

O interesse norte-americano no controle de drogas pode ser visto, em um primeiro momento, como intuito de se tornar a maior potência mundial, convocando a Convenção de Xangai (1909) visando criminalizar o comércio do ópio (um dos principais comércios da Inglaterra a época, sendo concorrente dos EUA na corrida pela maior economia do mundo) e, em um segundo momento, como forma de dominação e controle externo.

Mas não é só, para entender a guerra às drogas também é necessário perceber sua internacionalização. Logicamente, os “benefícios” que a guerra às drogas traz para o controle interno passa a ser explorado também como controle externo. A geopolítica do enfrentamento das drogas ensina que o paradigma de guerra também é um interessante instrumento de dominação do além-território.

[...] a pulverização do discurso a nível global não apenas assentou a veracidade do paradigma, mas também viabilizou um empreendimento de controle para fora das fronteiras nacionais. (LEMOS, 2015, p. 16)

Respondendo ao segundo questionamento feito acima, deve-se observar a política proibicionista focando não somente na droga em si, mas como uma forma de controle social.

Essa não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Dirige-se sim, como todas as guerras, contra pessoas: os produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e, mais especialmente, os mais vulneráveis dentre eles. (KARAM, 2014, p.165)

Essa forma de controle se materializa na forma do encarceramento em massa, como nos demonstra Lemos (2015) ao expor que a população carcerária dos EUA quase que quadriplicou dentro de um período de 20 anos passando de 501.886 (1980) para 1.929.867 presos (2000). Em relação ao Brasil, a população carcerária, de acordo com o último levantamento feito pelo INFOPEN (2017), era igual a 726.712 presos, destes, 28% do total correspondem a condenados, ou não (processados), por tráfico de drogas.

A Comissão Global de Políticas sobre Drogas criada em 2011 com intuito de promover o debate sobre a redução dos danos causados ao indivíduo e a sociedade pelo uso de drogas, em seu relatório publicado em 2014 sob título “Assumindo o controle: caminhos para políticas de drogas que funcionam” aborda que:

Depois de mais de meio século desta abordagem punitiva, agora existem evidências irrefutáveis de que ela não apenas não atingiu seus próprios objetivos como também gerou sérios problemas sociais e de saúde. [...] É preciso fazer distinções precisas entre os problemas derivados do uso de drogas, como dependência e overdose, e os problemas gerados por políticas de drogas repressivas, como o crime e a violência associados ao comércio ilegal.

Ainda, segundo o relatório é possível perceber que a Política de Drogas ainda guarda os resquícios conservadores dos seus idealizadores (EUA) no intuito de se combater ao mal do consumo de drogas, de modo que, esse “mal” deve ser combatido com base na justiça criminal a qual serviu de suporte para o surgimento de políticas irracionais e ineficazes.

Como consequência da Guerra as Drogas, nos mostra o relatório da CGPD:

- A produção e comércio clandestinos frequentemente levam a drogas adulteradas, com potência e pureza desconhecidas e que apresentam riscos significativamente maiores à saúde. Exemplos deste problema incluem heroína contaminada com antraz e cocaína misturada a levamisol (um vermífugo).
- Mais de um terço (37 por cento) das 1,8 milhão de pessoas que injetam drogas na Rússia estão contaminadas com HIV. Devido à preferência por criminalizar usuários, o acesso a serviços de redução de danos que salvam vidas, como programas de troca de agulhas e seringas (NSP), é altamente restrito ou, no caso do tratamento de substituição com opioides (OST), completamente banido.
- O atual regime de controle de drogas trouxe consideráveis obstáculos legais e políticos ao fornecimento de opiáceos para o controle da dor e cuidados paliativos. Existem mais de 5,5 bilhões de pessoas com acesso severamente limitado ou sem acesso aos remédios que precisam.
- Políticas restritivas aumentam o risco de mortes prematuras por overdose e reações negativas agudas ao consumo de drogas. Por exemplo, em 2010, houve mais de 20.000 mortes por overdose de drogas ilícitas nos EUA. A Naloxona – uma droga que pode reverter os efeitos das overdoses de opiáceos – ainda não está disponível universalmente.

A Comissão concluiu ainda que o comércio de drogas ilícitas é naturalmente violento, pois, fortalece as organizações criminosas e se desenvolve em locais subdesenvolvidos e marginalizadas, com altos índices de violência em que se tem uma população rotineiramente explorada e ameaçada por esses grupos, ocasionando a instabilidade local por meio da violência.

Violência essa que também se materializa com os usuários que cometem crimes para alimentarem seu vício, levando em consideração o preço em alta das drogas que traduz em considerável lucro para o crime organizado e que motiva a guerra pelo monopólio de venda no mercado ilegal.

- A proibição das drogas fomentou um mercado global ilegal estimado pelo UNODC em centenas de bilhões. Em 2005, a produção era avaliada em US\$13 bilhões, a indústria do atacado em US\$94 bilhões e o varejo estimado em US\$332 bilhões. A valorização do mercado de drogas no atacado é mais alta que o equivalente global para cereais, vinho, cerveja, café e tabaco juntos.
- Mercados de drogas ilícitos e sem regulamentação são inerentemente violentos. Paradoxalmente, esforços bem sucedidos para interdições e prisões de líderes de cartéis de drogas e traficantes muitas vezes criam um vácuo no poder, o que por sua vez, pode incitar uma renovação da violência quando os remanescentes competem por aquela fatia de mercado.
- O tráfico de drogas ilícitas pode fortalecer grupos armados que operam fora da lei. Por exemplo, na fronteira entre Paquistão e Afeganistão, o comércio de ópio gera para grupos paramilitares até 500 milhões de dólares ao ano.

É evidente que os danos causados a sociedade (saúde e segurança pública) são, incontestavelmente, maiores do que aqueles decorrentes do consumo de drogas. O interesse dos EUA – criador dessa política proibicionista – não era, pelo menos de forma direta, a saúde pública, mas sim, em um primeiro momento ocupar o lugar de maior potência mundial com a criminalização de substâncias psicoativas que geravam lucros para nações que as comercializavam (Comissão de Xangai (1909) e Convenção de Haia (1912)). Em um segundo momento por influência de grupos conservadores no controle de minorias que representavam risco aos costumes tradicionais norte-americanos, representados por Nixon que declarou a primeira Guerra às Drogas e, posteriormente, por Reagan responsável pela segunda Guerra às Drogas.

As consequências nefastas do proibicionismo podem ser percebidas nos primeiros editos Chineses que atualmente, se reproduzem de forma ainda mais prejudicial à sociedade. Isso porque, não só o consumo de drogas aumenta a cada ano, como também o número de encarcerados, o lucro do crime organizado, bem como a violência. É como se vivêssemos em *loop*, mas que a cada volta, os problemas são potencializados até que se chegue ao ponto de que se torne nítido, a toda a sociedade, de que a fonte de todos esses problemas é a própria política proibicionista.

A criminalização de substâncias psicoativas no modelo hegemônico proibicionista fez desenvolver os mesmos problemas enfrentados pelos EUA aqui no Brasil tanto na saúde como na segurança pública, com a ausência de uma política eficaz no tratamento de dependentes até o aumento da violência em todo território nacional.

Esses problemas se alastram até os dias atuais ocasionando não só a fadiga da política de drogas adotada pela Lei nº 11.343/06, mas também a falência do sistema carcerário brasileiro, principalmente pelo crescente número da população carcerária após a entrada em vigor da atual lei de drogas, como veremos no próximo capítulo.

3 O COMBATE AS DROGAS NO BRASIL

No Brasil, assim como no restante do Mundo, as consequências negativas da Guerra as Drogas também se desenvolveram, porém, com algumas particularidades que fizeram potencializar seus efeitos como a enorme desigualdade social – com grande parte da população vivendo em situação desumana, sem a presença de educação, segurança, saúde, lazer e diversos outros fatores que contribuem para a formação sadia do homem e indispensáveis para o Estado de bem-estar social – que contribui para o ingresso de crianças, jovens e adultos na criminalidade, bem como a realidade das prisões do Brasil que violam, nitidamente, a dignidade do homem, promovendo a ausências dos fatores ditos anteriormente em potenciais ainda mais elevados.

Portanto, há de se pensar se a criminalização do usuário realmente está atingindo o fim ao qual se propõe (tutela a saúde pública), tendo em vista que, atualmente, com o usuário sendo tratado em âmbito penal e ausente na legislação um critério objetivo que diferencie a figura do traficante para o usuário, percebe-se um aumento significativo da população carcerária por crimes de tráfico, sendo custodiados em condições desumanas, em cadeias que funcionam como verdadeiras faculdades do crime.

3.1 O tráfico de drogas no Brasil

Assim como na China e nos Estados Unidos, em que houve um estudo mais aprofundado a respeito da criminalização das drogas por serem os países pioneiros na implementação da política proibicionista, conforme anteriormente abordado, assim, no Brasil, é possível perceber as mesmas consequências que surgiram nessas nações desde o século XIX.

O tráfico de drogas surge da criminalização de determinadas substâncias psicoativas em paralelo com a demanda de consumo, portanto, para entendermos como o tráfico de drogas se desenvolveu no Brasil é de suma importância que

façamos uma análise da importação do modelo norte-americano de combate as drogas e como se desenvolveu ao longo dos anos. Todavia, essa análise será feita de forma restrita, haja vista que no próximo capítulo estudaremos mais a fundo essa evolução legislativa.

A criminalização do tráfico de drogas no Brasil surgiu, em 1830, com o Código Criminal do Império, quando tratou o tema apenas em esfera administrativa, vindo a ter uma legislação especial tanto no direito material quanto processual penal em outubro de 1971 com a promulgação da Lei nº 5.720.

Com esse breve apontamento é possível perceber que a legislação brasileira dispõe sobre o tráfico de drogas desde o Brasil-Colônia dispondo sobre o tráfico de drogas de forma administrativa, porém, sob influência dos EUA e das Convenções Internacionais, adotando a política proibicionista dando tratamento criminal não só ao traficante, mas também aos usuários.

As consequências do tráfico de drogas devem ser observadas sobre uma ótica realista, como cita o Min. Marco Aurélio na ADI 4424 no sentido de que devemos partir do “princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia em relação ao tráfico de drogas para se conhecer os efeitos nefastos de tal espécie delitiva”.

As características geográficas do Brasil contribuem para que tenhamos um grande número de consumidores e como rota de comércio, sendo porta de saída do tráfico de drogas para outros países. São mais de 16 mil quilômetros de fronteira com Paraguai (maior produtor de maconha), Peru, Bolívia e Colômbia (principais produtores de cocaína) (ARAÚJO *et al*, 2017), assim, nesse contexto:

Até os anos 80, o Brasil era um mercado emergente, mas secundário, e um corredor pelo qual a cocaína colombiana, boliviana e peruana (98% do suprimento mundial) escoava para o exterior. Na década seguinte, consolidou-se como mercado consumidor de drogas, o segundo do mundo, atrás só dos Estados Unidos.

[...]

Foi na década de 90 que o Brasil se consolidou como maior entreposto da droga enviada da Colômbia (fabricante de no mínimo 80% da produção mundial) para os EUA e a Europa. É o maior produtor de éter e acetona da América Latina. Essas substâncias são utilizadas na produção do cloridrato de cocaína, a dita “cocaína pura”. (MAGALHÃES, 2000, p. 27).

Com isso, de acordo com o levantamento da Consultoria Legislativa da Câmara de Deputados, o tráfico de drogas movimentou aproximadamente R\$ 15,5 bilhões ao ano. Destes, R\$ 6,68 bilhões em relação à maconha; a cocaína R\$ 4,69 bilhões; o crack R\$ 2,95 bilhões e o ecstasy, R\$ 1,189 bilhão.

Esse mercado bilionário é um dos (se não o maior) motivador de disputas entre facções criminosas como Comando Vermelho (CV), Família do Norte (FDN) e Primeiro Comando da Capital (PCC).

O tráfico de drogas (junto com o roubo) lidera como crimes que motivam prisões, atualmente com 169.093 presos. Percebe-se um aumento significativo dos encarcerados após a promulgação da atual Lei de drogas (Lei nº 11.343/06), pulando de 8,7% em 2005 para 32,6% em 2016, o que vem ocasionando a falência do sistema carcerário brasileiro como veremos a seguir (INFOPEN, 2016).

3.2 A falência do sistema carcerário, sinais e sintomas da política de drogas brasileira

O Brasil é um dos países adeptos a cultura do aprisionamento destacando-se entre as nações como uma das maiores populações carcerários do mundo, ficando atrás apenas dos EUA e da China, assim, de acordo com o levantamento feito pelo INFOPEN (2016) a população carcerária brasileira é composta por um total de 726.712 (Setecentas e vinte e seis mil, setecentas e doze) pessoas.

E, através dos dados do Ministério da Justiça por meio do INFOPEN (2016) é possível perceber uma crescente absoluta desde a década de 1990, resultando em um aumento de mais de 30% de aumento da população carcerária até o ano de 2010, ou seja, em três décadas, passando de 90 mil para mais de 496 mil presos.

Quando analisado o número de presos para cada 100.000 (cem mil) habitantes, o Brasil ocupa a vigésima sexta colocação dos mais de 200 países elencados, de acordo com *World Prison Brief* (2016). Já na análise do Ministério de Justiça, por meio do INFOPEN (2016) entre 2000 até 2016. A taxa de aprisionamento do Brasil cresceu 157% com um total de 352.6 a cada 100.000 (cem mil) habitantes.

Paralelo ao número de encarcerados cresce também o déficit carcerário uma vez que do total de 726.712 presos, o número de vagas corresponde a 368.049 mil, totalizando um déficit de 358.663, com taxa de ocupação de 197,4% Infopen (2016). De forma individualizada, segundo o INFOPEN (2016) todos os Estados da

federação possuem taxa de ocupação superior a 100%. A maior porcentagem é do Estado do Amazonas com 484% e o menor o Espírito Santo com 145%.

Outro ponto que merece atenção é que, do total da população carcerária, cerca de 40% correspondem a presos provisórios, sem sentença condenatória, ou seja, temos quase 300.00 (trezentas mil) pessoas presas sem se quer terem sido julgadas INFOPEN (2016).

A *Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas* de 1936 foi a responsável pelo surgimento junção entre o Direito Penal e a polícia de drogas para atender o desejo dos EUA na criação de um tipo penal para a materialização dos seus interesses proibicionistas Valois (2017).

Percebe-se, a época, a intenção do legislador norte-americano em criar um tipo penal de tráfico de drogas o mais abstrato possível, retirando a obrigatoriedade de que se comprove o dolo do agente na mercantilização da substância ilícita, abrangendo assim, qualquer pessoa envolvida com determinadas drogas, como forma necessária para condenação do comerciante.

Da mesma forma, o legislador brasileiro ao editar a atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), em seu art. 33 – que prevê o crime de tráfico de drogas – possui 18 verbos nucleares, com pena máxima em abstrato de 15 (quinze) anos de reclusão para o indivíduo que esteja em contato com substância ilícita em desacordo com a legislação, assim, Valois (2017) nos ensina que:

Todos esses verbos, a generalização do texto definidor do crime, a preocupação do legislador em dizer que basta a pessoa possuir drogas *em desacordo com determinação legal*, ou seja, retirando a necessidade de se provar qualquer desígnio de possuidor, são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado. (VALOIS, 2017, p. 421)

A intenção do Estado em punir não se materializa apenas por meio dos legisladores, mas também por força do seu braço armado, que é a polícia, conforme nos traz Valois (2017) ao citar uma pesquisa feita pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV) denominada *Prisão Provisória e Lei de Drogas no Brasil: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia*, a qual foram analisados 667 autos de prisão em flagrante do Estado de São Paulo. Desse total, 91% de réus condenados o foram quase que puramente com base na palavra dos policiais que participaram da prisão.

Ainda, conforme expões Valois (2017) ao citar outra pesquisa realizada nos tribunais estaduais e federais do Rio de Janeiro e Brasília, de 271 acórdãos analisados, o índice de absolvição foi de apenas 1,6%.

Uma das maiores critica que se faz a atual lei de drogas é no sentido de que, por um lado, despenaliza a tipificação do usuário, sendo vedada a pena privativa de liberdade e de multa – todavia continuando sendo o uso de drogas tratado como crime – por outro, a elevação da pena mínima em abstrato que subiu de 03 (três) para 05 (cinco) anos. Outro ponto que merece atenção é que não há um critério objetivo em relação à quantidade de drogas que diferencie a figura do usuário para o traficante, esses movimentos:

[...] marcam a condição de emergência do dispositivo de drogas no Brasil por meio dessas duas operações marcadas pelo princípio da coexistência que denota boa parte de nossa política criminal pós-redemocratização (CAMPOS, 2010, p.208): a diminuição das penas, de um lado, e aumento das penas de outro. Esta condição de aceitabilidade é aqui vista como central para a aprovação de um novo dispositivo legal sobre drogas, bem como, para começarmos a compreender as razões do fenômeno da intensificação do encarceramento por tráfico de drogas no Brasil que ocorre, sobretudo, após a entrada da atual lei de Drogas a partir do ano de 2006. No ano de 2005 (antes de entrar em vigor a Lei no 11.343 de 2006), o número absoluto de presos por drogas era de 32.880 homens e mulheres. Na época, o encarceramento por drogas era responsável por 13% do total de presos no Brasil. Ao fazermos uma rápida análise comparativa, verifica-se que, em 2013, este número passou a 146.276 pessoas detidas por drogas ou 27,2% em termos percentuais. Cabe notar ainda que percentualmente, houve um grande crescimento do número de mulheres presas por drogas: em 2005, elas representavam 36% (11.601); em 2012, representam 50% (32.657) do total (CAMPOS, 2015, p. 171).

Outro problema originado pela atual lei de drogas é o crescente número de mulheres encarceradas. Aqui é importante que debruçarmos uma maior atenção levando em consideração a desproporcionalidade entre o número de homens e mulheres presas quando analisados o número total de encarcerados por tráfico de drogas.

Entre 2000 e 2014, o número total de mulheres presas aumentou um percentual de 567%, enquanto o número de homens encarcerados apresentou uma elevação de 220%, ou seja, a crescente população carcerária apresenta um número quase que 3 vezes maior de mulheres em relação a homens, sendo que, do total de mulheres encarceradas 70% correspondem ao crime de tráfico de drogas (ARGÜELLO, 2017).

Esse reflexo é observado não só no Brasil, mas em todo o mundo, tendo em vista que durante esse mesmo período supracitado, o número de mulheres encarceradas cresceu 50% enquanto que em relação aos homens, esse número representa a fração de 20% - mais uma vez acima do dobro quando em relação ao sexo feminino -, fato esse originado pela grave guerra internacional ao tráfico de drogas, resultando no Brasil ocupando a posição da quinta maior população carcerária feminina do mundo (ARGÜELLO, 2017).

Analisado o contexto social e pessoal das mulheres encarceradas de acordo com o Relatório sobre as Mulheres Encarceradas no Brasil, percebe-se que é na atividade ilícita que elas buscam sua principal fonte de renda para manter sua subsistência ou de seus filhos. O estudo mostra que 87% das presas possuem filhos e dessas, 65% não mantêm relações com o pai da criança, ou seja, a responsabilidade de todos os fatores oriundos da criação do filho recai única e exclusivamente sobre a mulher (RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL, 2007).

Devem ser analisados, ainda, dois fatores que contribuem para o ingresso das mulheres no tráfico de drogas, o primeiro deles, como um aspecto social desenvolvido ao longo dos anos em que se estabeleceram desigualdades e hierarquias pautadas no machismo e patriarcado, em que mulheres ocupam uma posição de vulnerabilidade social em relação ao homem que proporciona o processo de criminalização e, para melhor compreensão Argüello (2017) nos mostra que:

[...] 68% das mulheres privadas de liberdade têm menos de 34 anos, ou seja, são presas no período economicamente ativo de suas vidas. 67% das mulheres são negras (ou seja, duas em cada três presas).³O índice de escolaridade é muito baixo, pois 50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental.

[...]

Aproximadamente 49,24% das mulheres condenadas por tráfico de drogas trabalharam no mercado formal em algum momento da vida. Entretanto, 85,10% das entrevistadas já exerceram alguma atividade informal, sendo que 11,34% delas afirmaram ter iniciado a trabalhar antes dos 12 anos e 70,20% começaram a trabalhar entre 12 e 18 anos. (ARGÜELLO, 2017, p. 4)

O segundo fato a ser analisado (que sofre influência do primeiro) consiste na ideia de, a partir desse falso ideal de submissão das mulheres – aqui não mais em uma visão social, mas científica – tentar transmitir a ideia de que a mulher é

duplamente perigosa porque além de violar regras legais, violam regras sociais dada a sua “condição feminina”.

A tese levantada por Lombroso é perfeitamente explicada nas palavras de Argüello (2017) sobre a periculosidade da mulher, afirmando que:

[...] que elas são duplamente perigosas quando comparadas com os homens e que sua dupla infração significa que elas podem ser consideradas como uma espécie de “monstro”. As delinquentes têm qualidades da criminalidade masculina e as piores características da natureza feminina: “astúcia, rancor, falsidade, dissimulação, vingança”. Diferentemente das mulheres normais, que são “reservadas, maternais, dóceis e apáticas sexualmente, enquanto a mulher delinvente é exageradamente sexual e nem um pouco maternal”. Para Lombroso, obviamente, a maternidade e a sexualidade são dois planos que se excluem [...] (ARGÜELLO, 2017, p. 5)

A tese apresentada por Lombroso, no século XIX, ainda são aplicadas dentro do judiciário brasileiro, tendo em vista que:

[...] a pena privativa de liberdade é muito mais dura para as mulheres encarceradas em comparação com a dos homens. Nesse sentido, os dados do Departamento Penitenciário informam que 63% das mulheres estão condenadas com penas de prisão de até 8 anos. (ARGÜELLO, 2017, p. 5)

Percebe-se, pois, um interesse especial em punir não só pela violação da lei, mas também porque “ofendeu” a visão socialmente construída sob uma perspectiva ambígua, machista e patriarcal do papel da mulher na sociedade:

Apesar de as mulheres presas por tráfico de drogas serem estigmatizadas como “perigosas e dissimuladas” presenciamos uma outra realidade em pesquisa realizada na Penitenciária Feminina de Piraquara: das 141 entrevistadas, aproximadamente 80% das entrevistadas nunca portaram arma. Majoritariamente, não possuíam condenações pela prática de outros crimes, além do tráfico, não participavam de organizações criminosas e, em geral, foram presas com pequenas quantidades de drogas. Entretanto, as condenações foram muito rigorosas. (ARGÜELLO, 2017, p. 5)

Tais fatos demonstram a falência no sistema carcerário brasileiro impulsionado pela Lei nº 11.343/06 (atual Lei de drogas) não só em número crescentes de encarcerados, mas nas condições, em especial, das mulheres presas quando:

[...] menos da metade dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes (apenas 34%). Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispunham de espaço específico para a

custódia de gestantes. No que se refere à existência de berçário ou centro de referência materno-infantil, 32% das unidades dispunham do espaço, enquanto apenas 3% das unidades mistas o contemplavam. Apenas 5% das unidades femininas dispunham de uma creche, não sendo registrada nenhuma creche em unidades mistas. (ARGÜELLO, 2017, p. 7)

Acrescenta-se a isso que:

O sentimento de solidão também chama a atenção, pois todas sentem muito a falta da família, que as abandona (i) porque cometeram um erro considerado inadmissível para uma mulher, (ii) porque são tão pobres que não conseguem dinheiro para o deslocamento e realização da visita ou (iii) porque não querem se submeter às revistas vexatórias impostas aos parentes de pessoas aprisionadas. Em curioso contraponto, nota-se a formação de filas para a realização de visitas em presídios masculinos. (ARGÜELLO, 2017, p. 7)

Saindo da figura do traficante para o usuário de drogas, a atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) trás consigo o prestígio as práticas tradicionais quanto a internação no campo do tratamento do uso abusivo de drogas, conforme pode-se extrair da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001.

A grande crítica que se faz é que, mesmo com as questões de saúde mental ficando a cargo das Unidades Básicas de Saúde, ao Programa de Saúde Familiar e às novas instituições especializadas, Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e o CAPS-Álcool e Drogas (CAPS-AD), no que diz respeito ao uso abusivo de drogas, preserva-se o modelo punitivista priorizando a exclusão do paciente do convívio social com a imposição da abstinência, sendo reconhecidas e financiadas pelo poder público.

O Decreto nº 7.179, de 20 de maio de 2010, dispõe sobre a destinação de grandes quantias para instituições dispostas a receber usuários de drogas, em especial usuário de *crack* nas conhecidas “comunidades terapêuticas”, ao invés de fortalecer nosso Sistema Único de Saúde (SUS). Comunidades que vão de na contramão dos princípios basilares da luta antimanicomial e são utilizadas, também, como forma de doutrinação religiosa.

O Decreto nº 7.179, de 20 de maio de 2010, prevê destinação de vultosas quantias para instituições dispostas a acolher usuários de drogas, principalmente do crack, nas denominadas “comunidades terapêuticas”. Ao invés de fortalecer o SUS, através dos CAPS e CAPS-AD, dinheiro público é utilizado para financiar as tais comunidades terapêuticas que, além de atentarem contra os princípios básicos que sustentam a luta antimanicomial, são usadas para fins de doutrinação religiosa⁷⁸ – em claro atentado contra o caráter laico do Estado. (TORCATO, 2016, p. 339-340)

Observa-se não só a falência do sistema carcerário brasileiro, mas também do seu sistema de saúde, mais especificamente, das políticas de correção do uso abusivo de drogas. As comunidades terapêuticas representam um sistema privado fundado em perspectivas biologicista e mercadológica, o que ocasiona mais um tratamento diferenciado ao indivíduo em contato com substâncias ilícitas de acordo com sua classe social.

Esse monopólio de tratamento cria uma barreira que atinge o bem jurídico que se pretende proteger no tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, que é a saúde pública, a saúde como um direito que deve ser tutelado ao paciente, tendo em vista que essa “barreira” impede a formação de uma cultura baseada no tratamento autônomo e não de isolamento e abstinência.

Estamos vivendo um momento onde a dissidência farmacológica assumiu enormes proporções, colocando em crise as percepções heteronômicas que sustentam as políticas proibicionistas construídas desde fins do século XIX. Essa crise, entretanto, não significa a construção lógica de um sistema voltando à gestão dos usos. O Brasil, particularmente, tem uma tradição religiosa e conservadora muito grande – fato que tem criado fortes resistências às mudanças e nos aproximado dos países islâmicos e orientais mais rígidos com as normas sociais. Esse conservadorismo é ainda sustentado pelos interesses do complexo industrial que transforma o direito à saúde em mercadoria, ampliando as formas de expropriação da população. (TORCATO, 2016, p. 340)

A Lei 11.343/06 nos trás dois tipos de internações destinadas ao usuário de drogas previstas nos incisos I e II do §3º, art. 23-A do códex citado, sendo a internação voluntária e involuntária. Com advento da Lei nº 13.840/19 acontece a inclusão do SISNAD nestas “comunidades terapêuticas”, sendo regulamentadas pela resolução-RDC 29/11/2011, pela ANVISA, que dispõe sobre os requisitos para o funcionamento de instituições que oferecem serviços de atenção a pacientes com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de drogas.

Portanto, é perceptível os sintomas punitivistas no atual tratamento não só em relação ao traficante, mas também ao usuário de drogas por meio das instituições responsáveis pelo tratamento do usuário quando se promove a exclusão destes do convívio social com a aplicação de abstinência. Sendo perceptível, também, a falência e seletividade do sistema carcerário brasileiro causado pela Lei 11.343/06, tendo em vista que, segundo o INFOPEN (2017), quando analisado o perfil tanto das mulheres quanto dos homens encarcerados por crimes por tráfico de drogas, percebe-se que em sua maioria, são compostas por jovens, pretos ou pardos e com

baixa escolaridade. Logo, não só se prende em massa, como existe um alvo certo a ser encarcerado servindo, a atual Lei de Drogas, não como modelo de justiça – no sentido de se estabelecer medidas eficazes ao fim ao qual a lei se propõe -, mas como forma de “limpeza social” como veremos no próximo capítulo.

4 A LEI DE DROGAS, POBRES E PRETOS: JUSTIÇA OU LIMPEZA SOCIAL?

Ao longo dos anos, a legislação brasileira sobre drogas sofreu diversas mudanças, muita delas motivadas por convenções/tratados internacionais que adotam parâmetros a serem seguidos pelos Estados-membros.

Atualmente encontra-se em vigor a Lei nº 11.343/06 que dispõe sobre o tratamento dos consumidores e comerciantes (traficantes) de substâncias alucinógenas ilícitas. O maior destaque quanto a esta legislação diz respeito à despenalização do crime de porte/posse de droga para consumo próprio e, em contrapartida, maior rigorosidade na sanção imposta ao traficante com penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos.

Outra crítica que ora se pretende fazer a atual lei de drogas diz respeito à ausência de um critério objetivo que diferencie a figura do usuário para o traficante, haja vista a disparidade das sanções impostas a essas duas figuras típicas, bem como pelo fato de os verbos nucleares para o crime de uso serem também previstos para o crime de tráfico, ficando a diferenciação feita por critérios subjetivos pelo juiz.

Parece-me intencional tornar ambos dispositivos o mais abstrato possível para que atinja todos os indivíduos em contato com substâncias ilícitas que, em paralelo a seletividade penal - pela análise do perfil dos indivíduos presos por tráfico de drogas, conforme mencionado ao fim do capítulo anterior -, promove o encarceramento em massa daqueles denominados inimigos do direito penal, como uma forma de “limpeza social” promovida pela política proibicionista legitimadora da Guerra às Drogas.

4.1 A legislação brasileira de combate às drogas

De início, para uma melhor compreensão da atual legislação brasileira de combate às drogas, é de suma importância que tracemos uma linha cronológica da evolução legislativa sobre o assunto.

O Código Penal de 1890 foi o primeiro Codex a dispor sobre substâncias alucinógenas, tratadas a época como substâncias venenosas. Essa legislação sofreu forte influência das Ordenações Filipinas de 1603, que por sua vez, foi influenciada pelo Direito Romano, do Canônico e do Germânico, pilares do direito de Portugal, prevendo em seu título 89 “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.

A legislação anterior a 1914, seja aquela inscrita na tradição, que remonta às Ordenações Filipinas (V, XXXIX), das “substâncias venenosas” (expressão empregada no CP 1890, art. 159), com sabor de delito profissional dos boticários, preventivo do venefício, seja aquela esparsa em posturas municipais, como a proibição do “pito-de-pango” pela Câmara do Rio de Janeiro, em 1830, a legislação anterior a 1914 não dispõe de massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica. (DAVID, 2018, p. 1)

Mister se faz frisar que, até o século XIX, o Brasil não tinha implementado nenhuma política de drogas, ou seja, não haviam legislações tratando do assunto, sendo a época, o consumo de drogas feito em sua maioria por jovens burgueses que frequentavam casas de prostituição.

Em 1911, o Brasil se compromete, na Convenção de Haia (vide capítulo 2), a fiscalizar o consumo de cocaína e ópio, todavia, o consumo de tais substâncias já havia se alastrado por toda sociedade proliferando-se entre os negros, pardos, imigrantes e pobres, o que incomodou o Governo iniciando a política de Guerra as Drogas no Brasil.

Posteriormente, em 1911, uma nova conferência fora convocada a fim de transformar os debates anteriores em uma Convenção. Eis que surge a primeira Convenção Internacional do Ópio, elaborada em Haia, a qual o Brasil subscreveu por meio do Decreto nº 11.841, de 10 de fevereiro de 1915, que mencionava “o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína”. (DANTAS, 2017, p. 11)

Algum tempo mais tarde, diante da onda de tóxicos que invadiu o país em 1914, foi editado o Decreto nº. 4.294 de 1921 posteriormente regulado pelo Decreto nº. 14.969 de 1921 que passou a dispor sobre o internamento compulsório dos usuários de substâncias entorpecentes em seu artigo 6º:

Art. 6º O Poder Executivo creará no Distrito Federal um estabelecimento especial, com tratamento medico e regimen detrabalho, tendo duas secções: uma de internandos judiciarios e outra de internandos voluntarios.

§ 1º Da secção judiciaria farão parte:

- a) os condenados, na conformidade do art. 3º;
- b) os impronunciados ou absolvidos em virtude da dirimente ao art. 27, § 4º, do Código Penal, com fundamento em molestiamental, resultado do abuso de bebida ou substancia inebriente, ou entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei.

§ 2º Da outra secção farão parte:

- a) os intoxicados pelo alcool, por substancia venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei, que se apresentarem em juizo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado e os que, a requerimento de pessoa da familia, forem considerados nas mesmas condições (letra a), sendo evidente a urgencia da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral.

§ 3º O processo para a internação na segunda secção com base em exame medico, correrá perante o juiz Orphãos com ritosummario, e poderá ser promovido pelo curador de Orphãos, com ou sem provocação por parte da Policia, dando o juizcurador a lide para defender os direitos do mesmo interditando.

Algum tempo mais tarde, em 1930, acontece à proibição da maconha e, um pouco mais tarde no ano de 1938 entra em vigor o Decreto-Lei nº. 891, de 25 de novembro de 1938, trazendo em seu art. 33 a sanção da pena de prisão pelo comércio ilegal de drogas, vejamos:

Artigo 33 - Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

§ 1º... Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infracção ou que tenha facilitado - pena: além das supra indicadas, suspensão do exercício da arte ou profissão, de seis meses a dois anos.

§ 2º Sendo farmacêutico o infrator - penas : dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000\$000 a 6 :000\$000 - alem da suspensão do exercício da profissão por período de tres a sete anos.

§ 3º Sendo médico, cirurgião dentista ou veterinário o infrator - pena: de tres a dez anos de prisão celular, multa de 3:000\$000a 10:000\$000 além da suspensão do exercício profissional de quatro a dez anos.

Outro ponto importante a ser analisado quanto ao Decreto acima transcrito é que, conforme nos ensina Nilo Batista (1998), ao tratar dos toxicômanos ou os intoxicados habituais em seu art. 29, nós trás a concepção sanitária do controle ao comercio de drogas com o intuito monopolizar este comercio às farmácias e promover o estoque por meio das grandes indústrias, vez que, imaginava-se um futuro promissor no comercio dessas substâncias.

Continua Batista quanto à designação de “sanitário” no modelo adotado pelo Brasil ao qual:

[...] autoridades sanitárias, policiais e judiciárias exercem – às vezes, fungivelmente – funções contínuas, merece a designação de sanitário: é que se pode perceber claramente o aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal. (BATISTA, 1998, p. 134)

Todavia, ao tempo em que se prevê o conceito “sanitário” no modelo de combate às drogas, trouxe em seu art. 35 pena de prisão para quem estivesse em posse/porte de qualquer substância, ou seja, a vontade do legislador ao editar tal norma estendeu a repressão com privação de liberdade não só para quem realizasse a venda de entorpecentes, mas também para o usuário.

Sobreveio, então, o Código Penal de 1940, que:

[...] confere à matéria uma disciplina equilibrada, não só optando por descriminalizar o consumo de drogas, mas também com um sóbrio recorte do tipos legais, observandose inclusive uma redução do número de verbos em comparação com o antecedente imediato [...] redução tanto mais admirável quanto se observa a fusão, no art. 281, CP, do tráfico e da posse ilícita no mesmo dispositivo. (BATISTA, 1998, p. 137)

Apesar do “avanço” legislativo quanto à descriminalização do uso de drogas, o legislador optou por seguir a risca o modelo sanitário, continuando a tratar o usuário como doente. Além disso, une em um único tipo penal o tráfico de drogas e o porte para uso pessoal, retomando a ideia de utilizar norma penal em branco quanto à legislação de drogas no intuito de promover um controle mais rígido quanto ao seu comércio.

[...] retomou a técnica da norma penal em branco nas leis de drogas, o que denota a intenção de impor um controle mais rígido sobre o comércio de drogas ilícitas, por meio da utilização de fórmulas genéricas e termos imprecisos, ampliando seu significado. (BOITEUX, 2014, p. 05)

Perceba que, um dos pontos de análise deste trabalho (ausência de critério que diferencie o usuário do traficante) já se mostrava presente no Código Penal de 1940 ao trazer, conforme dito, em um único tipo penal o tráfico de drogas e o porte para uso pessoal.

Acontece que em 1968, através do Decreto-Lei nº. 385/1968, ocorreu uma modificação do art. 281, do CP, voltando a criminalizar o uso de drogas e pior, estabelecendo a mesma sanção prevista para o traficante.

[...] o Brasil, por muito tempo, não distinguiu as figuras dos usuários e traficantes de drogas. Na verdade, a criminalização da droga estava prevista no artigo 281 do Código Penal e, segundo o Supremo Tribunal Federal, a norma penal não criminalizava o consumo de drogas, apenas o tráfico era tido como crime. Só em 1968, por meio do Decreto-Lei nº. 385/1968, o artigo 281 do Código Penal foi alterado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas. Essa alteração colocou fim ao entendimento jurisprudencial que não entendia ser crime o uso de drogas. (ALMEIDA, 2018, p. 03)

O Golpe de 1964 inicia o discurso bélico no tratamento as drogas que gira em torno da classificação de um “inimigo” a ser combatida, no caso, a droga ilícita em si. Esse período marca a migração, não por completo, do modelo sanitário para o modelo bélico na política antidroga adotada no Brasil:

No Brasil, o ano de 1964 é considerado como o marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal contra as drogas. Essa divisão não implicou necessariamente em uma ruptura por completo com o antigo modelo sanitário, já que diversas de suas medidas, especialmente aquelas direcionadas ao usuário, ainda subsistiram quando da adoção do modelo bélico. (DANTAS, 2017, p. 18)

Nessa mesma linha, cito os ensinamentos de Rosa del Olmo:

Deste modo, pode-se afirmar que na década de sessenta se observa um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de discurso médio-jurídico, por trata-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico), o qual serviria para estabelecer a ideologia da diferenciação, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente. (OLMO, 1990, p. 34)

Esse modelo bélico adotado perdurou até a década de 70, com a entrada em vigor da Lei nº. 5.726/71 que, segundo Almeida (2018) é o momento ao qual o Brasil adere à orientação internacional e passa a diferenciar usuário/dependente sob a perspectiva médico-jurídico e traficante “inimigo da sociedade”. Todavia, a alteração trazida pela referida Lei no art. 281, do Código Penal, trouxe uma redação mais ampla/genérica com a adição de alguns verbos nucleares, o aumento da pena máxima para 06 (seis) anos, como nos ensina Boiteux:

Na realidade o que mudou com a Lei n. 5.726/71 foi a previsão de medida de segurança para a “recuperação do infrator viciado”, mediante a determinação judicial de internação para tratamento psiquiátrico (arts. 9º e 10), podendo ser atenuada a pena em caso de diminuição de capacidade de entendimento. Caso houvesse a “recuperação completa”, poderia ser declarada a extinção da punibilidade, sendo, desta forma, o viciado não mais punido como traficante. A lógica da legislação de drogas impunha a colaboração de todos no combate ao tráfico e ao uso de entorpecentes, e os diretores de colégios eram obrigados a delatarem alunos suspeitos de uso de drogas (art. 7º, § único). Tal legislação previa um procedimento sumário, alterava as regras para expulsão de estrangeiros, e situava o tráfico e uso de drogas ao lado dos crimes contra a segurança nacional, com hipóteses de investigação sumária no prazo de cinco dias, o que reforça a correlação entre usuários de drogas e opositores ao regime, ambos considerados os inimigos internos, na concepção da ideologia de segurança nacional. (BOITEUX, 2014, p, 08)

Ao final da década de 70, foi promulgada a Lei nº 6.368/76, denominada de “Lei de Tóxicos” que revogou o art. 281, do Código Penal de 1940 criando um tipo penal próprio para a posse de entorpecentes o desassociando do tipo do tráfico, promovendo ainda, abrandamento da pena para seis meses a dois anos e multa, embora, ao mesmo tempo, agravou as penas destinadas ao tráfico de drogas.

Imperioso trazer as considerações feitas por Salo de Carvalho sobre o assunto:

Assim, no plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o histórico discursivo médico-jurídico com a diferenciação tradicionalmente consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exarcebações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta. (CARVALHO, 2010, p. 21)

Com o decorrer do tempo e evolução social, principalmente com a promulgação da Carta Magna de 1988, a Lei nº 6.368/76, ocasionaram diversas mudanças legislativas, o amplo processo de descodificação do direito penal e a publicação de novos estatutos penais, que de forma direta ou indireta, atingem a política criminal de drogas, motivaram a edição da Lei nº. 10.409/2002.

Todavia, esta é uma lei que já “nasce morta”, tendo em vista que dos seus 59 artigos originais, após vetos presidenciais, pouco mais de vinte artigos foram sancionados. Os vetos se justificam pelas inúmeras incontroversas e falhas jurídicas presente no texto normativo, nas palavras de Renato Marcão (2017), após ser estudado pelo poder legislativo por mais de uma década, é de se impressionar os

equívocos, erros grosseiros, conjunto de regras perdidas, dentre outros. A consequência resultou numa verdadeira confusão legislativa já que, ao caso concreto, aplicava-se a parte processual referente à Lei nº 10.402/02, e a parte material a lei anterior (Lei nº 6.368/76).

É nesse cenário jurídico que entra em vigor a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, se alinhando as novas disposições mundiais quanto ao tratamento das drogas, principalmente quanto ao tratamento diferenciado dado ao usuário do dependente de substâncias alucinógenas.

Percebe-se que a atual lei de drogas se mostra mais tolerante e menos repressiva quanto ao porte para consumo próprio ao passo que o usuário não pode ser preso, porém, tal conduta não deixa de ser crime sendo aplicadas medidas socioeducativas previstas nos incisos I ao III, do art. 28 da Lei 11.343/06.

Conserva-se, portanto, a atual lei de drogas, a base ideológica da Lei nº. 6.368/1976 reforçando seu sistema proibicionista, todavia, conforme dito acima, após edição da Lei nº 9.099/95, nivela-se a importância do tratamento penal dado ao usuário e ao traficante, criando procedimentos diversos para cada um, com respostas punitivas de natureza distintas (ALMEIDA, 2018).

Apesar da evolução legislativa quanto ao usuário de drogas trazida pela Lei 11.343/06, existe uma discussão acerca da conduta do usuário e se a previsão do art. 28, da referida lei é inconstitucional pela violação do princípio da privacidade e intimidade, bem como pela ausência de efetiva proteção ao bem jurídico tutelado, conforme melhor será abordado nos tópicos seguintes aos quais concentro o objeto central desta obra.

4.2 A conduta do usuário de drogas e os Tribunais brasileiros

O tipo penal que criminaliza a conduta do usuário de drogas está prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, que prevê:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

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

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Com a promulgação da atual Lei de Drogas a qual deixou de prever a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, surgem 03 (três) posicionamentos distintos na doutrina acerca da natureza jurídica do dispositivo supracitado.

A primeira delas defende a tese de descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*. Defendida por Luiz Flavio Gomes, a tese consiste no fato de que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a conduta criminalizada punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal, a conduta em que se é prevista a pena com prisão simples e multa, levando em consideração que nenhuma das hipóteses se aplica a pena aplicada ao artigo 28 da Lei de Drogas, funcionando como uma infração penal *sui genere* de menor potencial ofensivo (BRASILEIRO, 2020).

A segunda corrente defende que houve uma descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador, isso porque, ocorrendo a descriminalização substancial, conseqüentemente há o abolição criminis, passando a ter caráter de infração do Direito Judicial sancionador, fixada por transação penal ou sentença final.

Por fim, a corrente majoritária da doutrina entende que houve a despenalização e manutenção do status de crime, no sentido de que despenalizar, significa adotar medidas e/ou processos distintos aqueles que têm como fim a aplicação da pena de prisão, é o que nos ensina Renato Brasileiro:

Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 - pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora. (BRASILEIRO, 2020, p. 1023)

Portanto, por mais que a atual Lei de Drogas tenha retirado a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, tal conduta não deixou de ser crime, continuando sob a tutela de a justiça criminal analisar e aplicar as sanções cabíveis no caso de indivíduos que venha a praticar a conduta prevista no seu artigo 28.

O bem jurídico tutelado é a saúde pública e trata-se de crime de perigo abstrato, ou seja, existe a possibilidade do dano ocorrer ao bem jurídico tutelado, no entanto, não se exige a efetiva lesão nem o perigo de dano para que o crime seja consumado. Renato Brasileiro nos ensina:

crimes de perigo abstrato: nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar. (BRASILEIRO, 2020, p. 1025).

Em se tratando de crimes de perigo abstrato, o legislador, baseado em dados empíricos, identifica ações que em sua natureza trazem consigo o perigo ao bem jurídico. Perceba que se trata de requisito dos crimes de perigo abstrato, uma vez que tendem a criminalizar essas ações de modo a garantir efetiva proteção ao bem jurídico protegido.

Seguindo essa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 104.410/RS, analisando a infração do porte de arma de fogo desmuniada, decidiu:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. [...] 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote) [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens [...] (STF- HC:104.410/ RS. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2012)

Portanto, percebe-se que, caso a norma penal em abstrato não esteja sendo efetiva quanto a proteção do bem jurídico ao qual ela se originou ou sendo possível o tramite do processo por outra via, levando em consideração a premissa do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, quando os conflitos não puderem ser resolvidos por outras instâncias protetivas, a norma deve ser declarada inconstitucional após passar por controle de constitucionalidade, conforme melhor será abordado no tópico seguinte.

4.3 A Lei de Drogas e a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei Antidrogas-RE 635.659/SP

A discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas inicia-se no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Francisco Benedito de Souza - flagrado com três gramas de maconha em sua cela -, após o Colégio Recursal do Juizado Especial da Comarca de Diadema negar provimento ao Recurso de Apelação interposto.

Cumprido esclarecer que limitarei minha análise, de modo geral, a apreciação da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, sem adentrar as particularidades do caso específico que originou o RE 635.659/SP, bem como limitarei minha análise a maconha, por ser objeto do RE.

O mencionado Recurso Extraordinário foi autuado em 22 de fevereiro, sendo sorteado o Ilmo. Ministro Gilmar Mendes como Relator, vindo a proferir seu voto no dia 20 de agosto de 2015.

Atualmente dois Ministros já proferiram voto nos autos da RE 635.659/SP, além do relator, são eles o Min. Edson Fachin e o Min. Luiz Roberto Barroso. Minha análise será mais voltada ao voto do relator, por ser onde se encontra a base argumentativa de votos que, por ventura, venham a ser seguidos pelos demais Ministros(a) da Corte.

Pois bem, além dos mandados expressos de criminalização trazido por dispositivos da nossa Constituição Federal de 1988, o constituinte optou por conferir ao legislador parâmetros para que se possa definir a forma mais adequada e eficaz de proteção aos bens jurídicos fundamentais, até mesmo optar por sanções de natureza penal, todavia, tais parâmetros são limitados pelo princípio da proporcionalidade, no intuito de evitar possíveis excessos advindos do Poder Legislativo.

A orientação que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PROPORCIONAL (Vorbehalt des verhältnismässige Gesetzes), pressupões não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). (MENDES, 2012, p. 330)

Numa análise de controle de constitucionalidade, exige-se que as medidas sejam adequadas aos objetivos pelas quais foram criadas, em outras palavras trazendo para o caso analisado, exige-se que os dispositivos de intervenção quanto ao consumo de drogas, se mostrem suficientes e eficazes para a proteção do bem jurídico protegido (saúde pública) de modo que, não se entenda possível um meio menos gravoso e igualmente eficaz ao fim que se propõe.

Não sendo observados tais parâmetros quando da edição das medidas de intervenção, abre-se a possibilidade de um controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal, sendo que, a partir do Direito Comparado, a Corte Constitucional alemã nos traz três níveis para dissolver controversas quanto a intervenção ou restrição a direitos fundamentais que podem ser interpretadas quando da constitucionalidade de normas penais (BRASIL, 2015).

Dito isso, em análise ao caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 BVerfGE 50, 290), a Corte alemã distinguiu três intensidades de controle das leis, sendo eles *Evidenzkontrolle*: controle de evidencia; *Vertretbarkeitskontrolle*: controle de justificabilidade e *intensivierten inhaltlichen Kontrolle*: controle material de intensidade (MENDES, 2012).

Em relação ao primeiro (*Evidenzkontrolle*) a medida editada pelo legislador será considerada inconstitucional quando se mostra imprópria, ou seja, não produz o efeito esperado na proteção do bem jurídico tutelado.

No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental. (MENDES e BRANCO, 2018, p. 752)

A corte fixou entendimento, ainda, de que as medidas adotadas pelo legislador não podem resultar na redução das liberdades individuais por se tratarem de garantia de direitos fundamentais individuais, por outro lado, o controle de evidência em matéria penal deve ser analisado com as devidas precauções sob pena de tornar sem efeito a margem de avaliação, valoração e conformação destinada ao legislador. Por conta disso, a declaração de inconstitucionalidade deve ser feita com base na inequívoca ineficácia das medidas adotadas em face dos bens jurídicos objeto da tutela penal (MENDES; BRANCO, 2018).

No segundo nível de intensidade, será analisado se ao editar a norma imposta, o legislador levou em considerações todas as informações disponíveis acerca da matéria estudada, inclusive, quanto às consequências da aplicação da mesma.

Em outras palavras, o Tribunal deve, na medida do possível, analisar diagnósticos e prognósticos realizados pelo Poder Legislativo quando da criação de políticas criminais, tendo em vista que, a partir da análise destes dados, é que se definirá se o legislador atuou dentro dos parâmetros proporcionais (MENDES e BRANCO, 2018).

No terceiro e último nível, ainda que se mostrem razoáveis as análises feitas pelo legislador quanto as avaliações e valorações realizadas no segundo nível, o

Tribunal, em caso de grave afetação de direitos fundamentais, pode desconsiderá-los para fiscalizar se há justa motivação que torne legal a afetação de tais direitos.

Nesse momento, é feita uma “ponderação da ponderação” em que o Tribunal irá analisar se o raciocínio feito pelo legislador foi proporcional quanto a mitigação do direito fundamental em relação a medidas aplicadas para a proteção do bem jurídico tutelado.

Nesse terceiro nível, o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle, aqui, há de ser mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação realizada pelo legislador. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar, dessa forma, do possível equilíbrio entre o significado da intervenção e os objetivos perseguidos (proporcionalidade em sentido estrito) (MENDES e BRANCO, 2018, p. 757)

Nessa terceira fase exige-se uma maior rigidez de análise tendo em vista que muitas vezes, a intervenção legislativa – a exemplo das Leis penais – atinge bens jurídicos de suma importância, como no caso da liberdade individual, sendo, pois, indispensável que se pondere as causas de extraordinária importância que legitime a inaplicabilidade, no todo ou em parte, deste direito.

Feita estas considerações acerca do controle de constitucionalidade quando da “mitigação”, de forma grave, de direitos fundamentais, tendo em vista que, conforme dito tópico anterior, quanto ao crime do art. 28 da Lei de Drogas tratar-se de crime de perigo abstrato, ou seja, que não se exige a efetiva lesão ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, vejamos dois precedentes que analisa os crimes de perigo abstrato sob enfoque do princípio da proporcionalidade citado pelo relator.

No RE 583.523, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o art. 25 do Decreto de Lei n.3.688/41 – que tipificava a conduta da posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto – foi declarada inconstitucional tendo em vista que não protegia, de maneira eficaz, o patrimônio e à incolumidade pública (bens jurídicos protegidos), bem como pelo fato de se restringir, de forma discriminatória o sujeito ativo descrito no tipo penal (vadio ou mendigo, ou reincidente em crime de furto ou roubo, ou sujeito à liberdade vigiada). Além disso, a criminalização da conduta prevista no referido tipo penal não era o meio mais eficaz de proteção ao bem jurídico resguardado, podendo ser substituídas por medidas administrativas.

Perceba que, nesse caso, a inconstitucionalidade da norma pode ser verificada no primeiro nível de controle de constitucionalidade (controle de evidência/ Evidenzkontrolle), justamente pela inidoneidade da norma supra ao fim que se destinava.

Também assentei que a criminalização da conduta não se mostrava necessária, porque poderia ser suprida por medidas alternativas que favorecessem, ainda mais, a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu resguardar. Por fim, acentuei que a contravenção penal em questão violava o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, visto que a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas, segundo critérios discriminatórios, mostrava-se inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (MENDES e BRANCO, 2018, p. 759)

Na ADI 3.112/DF, dessa vez de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que foi julgado em 02 de maio de 2007 pelo Tribunal Pleno em que se verificou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2013), restou estabelecido que a impossibilidade de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo” mostrava-se desproporcional por se tratarem de crimes de mera conduta, não sendo possível sua equiparação aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade (MENDES; BRANCO, 2018).

Perceba que, mais uma vez, foi possível identificar a inconstitucionalidade da norma no primeiro nível de análise. Trata-se de crime de mera conduta que acarreta a redução do nível de segurança pública, todavia, não acarreta lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade, em outras palavras, a mitigação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, intrinsecamente ligados à liberdade individual, não se mostra proporcional quando não há, sequer, lesão ou ameaça de lesão a outro bem jurídico protegido.

Dito isso, passemos agora a análise do art. 28 da Lei n° 11.343/06, sob prisma do princípio da proporcionalidade, analisados os três níveis de controle de constitucionalidade apresentados pela Corte Constitucional alemã.

O referido artigo encontra-se no Título III da Lei 11.343/2006 que trata das “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”.

Todavia, verbos nucleares contidos no art. 28, também são presentes no art. 33 da referida Lei que, por sua vez, está inserido no Título IV que trata da “produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”.

Essa é uma das maiores críticas que se faz ao tipo penal que criminaliza o uso pessoal de drogas, haja vista não haver uma distinção objetiva que seja apta a distinguir a figura do usuário para o traficante ficando a cargo da elementar “para uso pessoal” presente no *caput* do art. 28 e critérios subjetivos previstos no §2º do mesmo dispositivo.

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

Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes (BRASIL, 2015, p. 18).

Essa ausência de critério subjetivo resulta no encarceramento em massa daqueles denominados inimigos do direito penal, conforme brilhantemente exposto por Boiteux (2009) em sua obra intitulada “*Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*”.

Segundo podemos extrair do citado trabalho, foram examinadas 730 sentenças condenatórias por Tráfico de Drogas no período de outubro de 2006 a maio de 2008. Cerca de 80% das condenações se originaram de prisões em flagrante, realizada pela polícia em abordagem a sujeitos na rua (82%) sozinhos (cerca de 60%) com pequena quantidade de drogas (inferior a 100g), sendo que, apenas 1,8% dos casos, houve menção de envolvimento do indivíduo acusado com organizações criminosas (*idem*, 2009).

A pesquisa nos mostra ainda que a maioria dos acusados são jovens entre 18 e 29 anos (75,6%), percebe-se ainda que 62,1% dos acusados exerciam alguma atividade remunerada (formal ou informalmente) e que que 57% não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes (*idem*, 2009).

Trago a baila a conclusão extraída da referida pesquisa:

Conforme confirmado na análise qualitativa de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância também comprova essa tese.

(...) Sob esse aspecto [seletividade do sistema penal], o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. (BOITEUX, 2009, p. 28)

Em complemento, outro trabalho realizado por Maria Gorete Marques Jesus, Amanda Hidelbrand Oi e Thiago Thadeu da Rocha, analisou 667 autos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo, em que se pode verificar um certo padrão nas prisões por Tráfico de Drogas, sendo elas realizadas pela Polícia Militar em via pública e em patrulhamento de rotina em que se prende, no geral, uma pessoa por ocorrência e a prova se limita, em regra, ao depoimento dos policiais responsáveis pela apreensão (JESUS, OI e ROCHA, 2011).

Pode-se ainda extrair da pesquisa que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga, e que os autuados representam uma parcela específica da população, qual seja, jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais (JESUS, OI e ROCHA, 2011).

Trago a baila, também, a palavra dos pesquisadores:

Apesar de a nova lei não dispor sobre o modo de atuação das polícias no combate ao tráfico de drogas, a questão que se coloca diz respeito à eficiência, à eficácia, aos custos e às consequências desse modelo posto em prática. Esta estratégia de combate, expressa de forma ambígua no sentimento colocado por grande parte dos profissionais entrevistados - 'enxugar gelo, mas necessária' -, além de ter se mostrado ineficiente, pois 'após apreendidos, os jovens são logo substituídos por um exército de reserva', produz apenas o aumento da massa carcerária, aprofundando a crise do já fracassado sistema carcerário (JESUS, OI e ROCHA, 2011, p. 123)

A Lei nº 11.343/06, em seus artigos 18 a 23 os objetivos do SISNAD (sistema nacional de políticas sobre drogas) em relação a usuários e dependentes:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.”

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Percebe-se, portanto, um vasto abismo entre a criminalização da conduta do uso de drogas com os objetivos traçados pelo legislador em relação ao usuário e dependentes, potencializada pela ausência de critérios objetivos que diferencie a pessoa do usuário para o traficante de drogas que, conforme demonstrado nas pesquisas trazidas, acaba-se por classificar todos (os indesejáveis) como traficantes, não sendo possível a aplicação das medidas supracitadas.

Neste sentido, complementa Barroso:

E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Como assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”. (BARROSO, 2015, p. 6)

Fazendo esta análise sob a perspectiva do controle de evidência ou Evidenzkontrolle no primeiro nível de análise, de pronto o dispositivo analisado mostra manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que as medidas impostas pelo legislador, não se mostra suficiente ao fim que se destina.

Parece-me que a incriminação do uso de drogas é o que, de fato, causa lesão a saúde pública. Não se mostra possível que os dependentes busquem o tratamento adequado quando sua conduta é criminalizada, da mesma forma que o usuário não irá se interessar em buscar os meios de informações e apoio em relação aos danos causados pelo uso de drogas.

Da mesma forma em que se tem evidenciado o aumento significativo no consumo de drogas sem saber as características dos consumidores, como sua idade. Sem informações quanto a qualidade da droga comercializada, que pode resultar em necessidade de tratamento a patologias oriundas de drogas de má qualidade, ou até mesmo o óbito daqueles que a consumiram.

Doutro lado, trago o exemplo do consumo de cigarros. O sucesso na redução no consumo de tabaco, de acordo com Dias (2019) em matéria publicada no portal da Fiocruz, desde o começo do monitoramento no ano de 2006, o Brasil conseguiu reduzir em 40% o número de fumantes, de 15,7% para 9,3% da população. O autor atribui o resultado a uma serie de medidas adotadas pelo Governo Federal:

No que diz respeito ao oferecimento de ajuda para a cessação do fumo - que é o foco do 7º Relatório -, o Ministério da Saúde iniciou seus esforços e compromissos na década de 1990, quando o Instituto Nacional do Câncer (Inca) capacitou os profissionais dos estados e dos municípios para estarem aptos a realizar o tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS). O tratamento do tabagismo é oferecido em mais de 4 mil unidades de saúde, a maioria (91%) na Atenção Primária, a porta de entrada do SUS. (DIAS, 2019, p, 1)

Cita Barroso (2015) nas anotações de voto do RE 635.659:

Em contraste com o aumento do consumo de drogas, inclusive a maconha, o consumo de tabaco caiu drasticamente. Segundo dados trazidos pelo IBCCRIM, em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarros. Em 2013, esse número caíra para 15%. Informação e advertência produzem, a médio

prazo, resultados melhores do que a criminalização (BARROSO, 2015, p. 4-5)

Ora, demonstrados os sucessos na redução do consumo de tabaco e, conseqüentemente, maior efetivação da tutela a saúde pública, por que não aplicar o mesmo tratamento ao usuário de drogas?

Em um segundo nível de análise, Controle de Justificabilidade ou Vertretbarkeitskontrolle, é possível perceber que os dados disponíveis para o legislador a época da edição da legislação, não indicavam, de forma segura, que a criminalização fosse o meio mais eficaz, ou seja, não houve referência a dados técnicos que comprovassem que a incriminação do porte para uso pessoal de drogas resultasse em proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar (BRASIL, 2015).

De acordo com Rosmarin e Eastwood (2012), em um levantamento realizado chegou-se a conclusão de que 20 (vinte) países que adotaram modelos de despenalização ou descriminalização, não houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de drogas.

Nessa mesma perspectiva, o Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência (EMCDD) em estudo publicado chegou a conclusão de que o consumo de drogas decorre de diversos fatores ao qual, a criminalização tem pouca influência (EMCDD, 2011).

Em complemento, um levantamento realizado pelo site G1 chegou a conclusão de que houve um aumento no número de presos por tráfico de drogas de 339% de 2005 a 2013, número este que pode chegar a 480% se analisados até o ano de 2017 (VELASCO, D'AGOSTINO e REIS, 2017).

Mostra-se, portanto, num segundo nível de intensidade, que o legislador não levou em considerações todas as informações disponíveis acerca da matéria, se mostrando, também nesse nível, em desconformidade com o princípio da proporcionalidade.

Mas é sobretudo no terceiro subprincípio – o da proporcionalidade em sentido estrito –, quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo. (BARROSO, 2015, p. 10)

Ato contínuo, ainda que se pense em uma suposta lesão, para que se tenha a intervenção da justiça penal exige-se determinado grau de lesividade individual, a exemplo do álcool e tabaco que não se tem afirmado que seu consumo afetam a saúde pública a ponto de se pensar na criminalização do seu consumo (PUIG, 2014).

Importante ressaltar que, como o art. 28 tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, não basta apenas à menção a sua importância, exige-se que se demonstre a efetiva lesão ou perigo de lesão ao referido bem.

O Estado pode, porém, limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Pois bem: o indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso (BARROSO, 2015, p. 8).

Neste sentido, aduz o relator:

Aduz, por fim, um perigo que encerra a concepção abstrata dos bens jurídicos como merecedores de tutela penal: classificam-se os bens pela classe genérica de interesses, sem atenção aos diferentes graus de implicação. Incluem-se, assim, no bem jurídico "saúde", por exemplo, desde as mais relevantes até as mais insignificantes manifestações quantitativas. A simples alusão a gêneros tão amplos, pouco serve, dessa forma, à delimitação daquilo passível de proteção por medidas de natureza penal (BRASIL, 2015, p. 34)

Outro ponto a ser analisado quanto à inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, diz respeito à violação do direito livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação que o Relator traz em seu voto.

Através dos princípios da dignidade da pessoa humana e o direito a privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação (BRASIL, 2015).

O direito a personalidade não decorre de diferentes domínios da vida, mas sim das diferentes maneiras pela qual o sujeito se desenvolve, ou seja, os diferentes modos que possam alimentar os pilares que formam este sujeito de maneira ampla, suas crenças e religião, sua forma de pensar, forma de agir, entre outros.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é

medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

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. (BRASIL, 2015, p. 36-37)

Nessa mesma linha de pensamento, aduz Barroso:

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade (BARROSO, 2015, p. 8)

Até que ponto a defesa da suposta violação a saúde pública se justifica na medida em que se legitime que o Estado interfira na privacidade e vida particular do sujeito? Qual seria o dano causado à saúde pública no ato de consumir drogas senão a autolesão?

Ora, se não é possível determinar qual a lesão ou perigo de dano provocado à saúde pública na conduta de consumir drogas, não me parece adequado a sua proteção por medidas de natureza penal, ou seja, incriminando-a. “A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.” (BRASIL, 2015, p. 37).

Criminalizar a posse de drogas para consumo próprio viola a privacidade e a intimidade, uma vez que o Estado está privando o indivíduo de se autodeterminar, interferindo nas escolhas particulares do sujeito, sem que estas venham a por em risco direito de terceiros. (BRASIL, 2015).

Dito isso, conclui o relator quanto à violação ao direito a privacidade e à intimidade, conseqüentemente ao livre desenvolvimento da personalidade, pois a:

[...] criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social (BRASIL, 2015, p. 39).

Complementa Barroso:

O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.

[...]

Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área (BARROSO, 2015, p. 7-8)

A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 é manifestada de diferentes formas de análise que expõe violações a direitos e garantias fundamentais, seja por meio da análise de níveis de controle de constitucionalidade trazida pelo Corte Constitucional alemã, pela manifesta ineficácia da norma de caráter abstrata, seja com a interferência Estatal na intimidade e privacidade do sujeito.

Complementa Barroso (2015) em suas anotações de voto que independente de se decidir pela inconstitucionalidade, ou não, do dispositivo estudado, é imprescindível que se estabeleça critérios objetivos para distinguir o consumo do tráfico.

Essa lacuna objetiva presente no art. 28 da Lei de Drogas é fonte de diversas críticas, tendo em vista que a análise subjetiva pelo Estado juiz deixa o acusado a mercê da sorte de ser julgado por um (a) juiz (a) mais liberal, ou o temor de não o ser.

É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes (BARROSO, 2015, p. 11).

Ainda de acordo com Barroso (2015), em nota técnica lhe enviada pelo instituto Igarapé, os emissários alertam para um possível agravamento no cenário brasileiro de combate às drogas e saúde pública caso esse critério objetivo fosse fixado muito baixo, propondo, como margem a serem observadas as quantidades entre 40 e 100g. Todavia, na tentativa de ser acompanhado pelos demais ministros, Barroso define como parâmetro do seu voto a quantidade de 25 gramas (parâmetro usado por Portugal) e o cultivo de até 06 (seis) plantas fêmeas.

Conforme a criminalização do consumo pessoal de drogas vem se mostrando cada vez mais ineficaz, a discussão quanto à descriminalização das drogas é um assunto que vem sendo cada vez mais debatido, principalmente dentro dos tribunais pátrios, conforme veremos no tópico a seguir.

4.4 A descriminalização das drogas: um debate em curso e os Tribunais

Percebida a ineficácia da política criminalizante das drogas inicialmente apresentada pelos EUA (vide capítulo 2), diversos Países/Estados passaram a dar tratamento diferenciado ao usuário de drogas, seja com a descriminalização de sua conduta, seja com a liberação e regulamentação tanto do uso medicinal quanto recreativo.

Nessa perspectiva países como Canadá, Uruguai, Chile, Colômbia, Equador, México, Holanda, Itália, diversos Estados dos EUA, entre outros, são exemplos de nações que decidiram dar tratamento não criminalizante ao usuário de drogas (RIVEIRA, 2020).

Conforme os debates sobre a maconha (*cannabis sativa*) foram se tornando mais populares, paralelo a isso vem sendo realizado diversos estudos com a planta que comprovam os benefícios dos principais canabinoides presente na planta para saúde. Em destaque para USP (Universidade de São Paulo) recentemente apontada como a maior produtora em número de trabalhos científicos sobre o canabidiol (TALAMONE, 2020).

Com o passar do tempo vão se desmitificando diversas crenças quanto ao uso de drogas, em especial da maconha, como por exemplo, a falácia de que o consumo de maconha servia como “porta de entrada” para outras drogas. Mito este

que pode ser desmistificado analisando a *National Survey of Drug Use and Health*, realizada pelo Governo dos EUA em que se pode identificar que no ano de 2013 44% dos americanos a partir dos 12 anos já haviam experimentado maconha em algum momento da sua vida, porém apenas 7,5% a usaram no mês antecessor a realização da pesquisa (MARTIN, 2015). Conclui o autor que já em 1999 um estudo realizado pelo *Institute of Medicine of the National Academy of Sciences*, intitulado *Marijuana and Medicine: Assessing the Science* concluiu que não há evidência da contribuição da maconha no consumo de outras drogas.

É nesse cenário que a Organização das Nações Unidas (ONU), aprovou recomendação da OMS (Organização Mundial da Saúde) no sentido de retirar a maconha do rol de drogas perigosas (Lista 4 da Convenção sobre Drogas de 1961) (GONÇALVES, 2020).

Parece-me que a descriminalização da maconha é uma tendência mundial que cedo ou tarde chegara ao Brasil. Reforço meu entendimento analisando o PL 399/15 que tem como objetivo “para viabilizar a comercialização de medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta *Cannabis* sativa em sua formulação.” (BRASIL, 2015, p.1).

Todavia, uma grande crítica que se faz ao PL supracitado é quanto à possibilidade de cultivo de *cannabis* de modo individual, ou seja, não basta que a legislação viabilize a comercialização de medicamento, é necessário que se garanta que o medicamento possa ser acessado por todos os cidadãos indiscriminadamente.

É nesse sentido que o deputado Paulo Teixeira propõe um novo Projeto de Lei (PL n. 10549/2018) substituindo ao PL 399/15, tendo como objetivo que ONG's possam cultivar a planta para fins medicinais, bem como regular o cultivo em solo nacional para utilização na indústria nacional na comercialização de medicamentos a base de maconha.

Além disso, o PL possibilita o cultivo caseiro de pacientes desde que, devidamente cadastrado e acompanhado por ONG's credenciadas. Aqui penso ter acontecido uma comparação ao que foi regulamentado no Uruguai com os “clubes de maconha” que atuam como uma espécie de organização de cultivo que possibilita um total de 45 membros que podem receber até 480 gramas de maconha por ano e a possibilidade de cultivo de até 99 plantas (FERRARI, 2017).

Diante da ausência de uma resposta legislativa sobre o assunto e do julgado do RE 635.659/SP, o que se percebe é a descriminalização indireta do uso da

maconha (para fins medicinais) através de diversos Tribunais Estaduais e Federais por meio de *Habeas Corpus* requerendo salvo-conduto para cultivo da planta.

Frise-se que não se trata de simples requerimento que pode ser impetrado por qualquer indivíduo, ou seja, não se trata de autorização de cultivo para uso recreativo, mas sim medicinal. Tanto o é que para concessão do HC é indispensável a demonstração de patologia, eficácia de extratos da maconha no combate a esta patologia e a impossibilidade de conseguir o medicamento por via comum administrativa, sob pena de estar privando o direito a saúde do impetrante (BRASIL, 2021).

A Relatora Marlúcia de Araújo Bezerra, nos autos do HC 0050154-56.2021.8.06.0062 CE 0050154-56.2021.8.06.0062, manifesta em sua decisão:

Além do mais, o cultivo das plantas mencionadas no artigo 2º, da Lei nº 11.343/2006, para fins exclusivamente medicinais, não consiste em mera possibilidade do Poder Público, devendo ser interpretada como verdadeiro dever estatal de efetivação do direito fundamental à saúde.

Portanto, manter a proibição ao cultivo doméstico da cannabis para fins medicinais representaria uma incoerência, na medida em que se estaria restringindo o direito à saúde de um indivíduo em nome da saúde pública, em desacordo com o próprio escopo da Lei de Drogas.

In casu, comprovada a necessidade médica do tratamento, prescrita por médico credenciado regularmente no CRM (Dr. Igor Maia Serra Callou de Matos, CRM nº 18683/CE, documento páginas 45/46) e inexistente qualquer indício de que o cultivo, apenas para suprir o tratamento médico, ofenderia o bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/2006. (TJ-CE - HC: 00501545620218060062 CE 0050154-56.2021.8.06.0062, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 29/03/2021, Seção Criminal, Data de Publicação: 12/04/2021)

Não se observa, nas palavras da relatora as quais também me filio, quaisquer indícios de ofensa à saúde pública em caso de cultivo de Cannabis sativa para fins medicinais. Ora, não me parece plausível, com as devidas vênias, pensar em sentido contrário, isso porque, privar o indivíduo de ter acesso a medicamento é o que me parece lesionar não só a saúde pública como também o direito a saúde (art. 196, CF/88).

Neste sentido, a jurisprudência:

Habeas corpus" preventivo. Cultivo domiciliar de "Cannabis sativa" para o tratamento medicinal dos filhos, portadores de Transtorno do Espectro Autista. Laudos médicos. Prescrição de óleo rico em canabidiol. Resultados promissores. 2. Substância regulamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA. Pendente regulamentação do cultivo domiciliar da planta para fins medicinais. Regulamentação, há mais de cinco anos, pelo Conselho Federal de Medicina. 3. Artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº

11.343/06. Possibilidade de plantio, cultura e colheita de vegetais dos quais possam ser produzidas drogas, desde que com fins medicinais ou científicos. 4. Circunstâncias concretas do caso que indicam que o comportamento não configura ilícito penal, por falta de culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa enquanto fator supra legal de exclusão da culpabilidade. Ordem concedida. (TJ-SP - HC: 20532545320208260000 SP 2053254-53.2020.8.26.0000, Relator: Laerte Marrone, Data de Julgamento: 17/06/2020, 14ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/06/2020).

“REEXAME NECESSÁRIO. Cultivo medicinal de Cannabis Sativa L (maconha) Pleito de salvo-conduto aos pacientes a fim garantir o plantio artesanal, em suas residências, para fins medicinais, livre do risco de prisão. Admissibilidade. Necessidade comprovada por indicação médica para uso de medicamentos à base de Cannabis sativa com autorização de importação do produto pela ANVISA. Nega-se provimento ao reexame necessário.” (TJ-SP -Remessa Necessária Criminal nº. 1000732-94.2018.8.26.0563, 2ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Luiz Fernando Vaggione, j. 29/06/2020);

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CANNABIS SATIVA. CULTIVO, USO, PORTE E PRODUÇÃO ARTESANAL. FINS TERAPÊUTICOS. LAUDO E PRESCRIÇÃO MÉDICA. SALVO CONDUTO. JUSTO RECEIO DE SOFRER RESTRIÇÃO NO DIREITO DE IR E VIR. Concede-se salvo conduto, sujeito à prova periódica da necessidade, para garantir o cultivo, uso, porte e produção artesanal do óleo canabidiol, a partir do reconhecimento do estado de necessidade, como excludente de ilicitude, constatado pela grave enfermidade do paciente e cujos efeitos são comprovadamente mitigados pela substância, impedindo eventual ação repressiva do Estado. (TJ-RO- RSE: 00025463820208220002 RO 0002546-38.2020.822.0002, Data de Julgamento: 18/02/2021, Data de Publicação: 24/02/2021).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CONCESSÃO DE SALVO CONDUTO PARA CULTIVO EM RESIDÊNCIA DA PLANTA CANNABIS SATIVA. FINS TERAPÊUTICOS. PRESCRIÇÃO DE MÉDICO REGISTRADO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 11.343/2006. PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. ARTIGOS 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. [...] 7. Com efeito, manter a proibição ao cultivo doméstico da cannabis para fins medicinais representaria uma incoerência, na medida em que estar-se-ia restringindo o direito à saúde de um indivíduo em nome da saúde pública, em desacordo com o próprio escopo da Lei de Drogas. 8. Ordem de salvo conduto concedida aos pacientes, pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/061, sendo o aludido período baseado no mesmo tempo de autorização de importação concedido pela ANVISA (páginas 48/49), para que possam cultivar em residência a cannabis sativa, exclusivamente para extração doméstica do óleo de canabidiol, limitada a quantidade definida na prescrição médica para o uso estritamente pessoal, ficando proibida a entrega a terceiro para qualquer finalidade. [...] ACÓRDÃO Acordam os integrantes da Seção Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em conhecer do presente writ e conceder a ordem requestada, nos termos do voto da relatora. Fortaleza/CE, 29 de março de 2021. Francisco Lincoln Araújo e Silva Presidente do Órgão Julgador Marlúcia de Araújo Bezerra Relatora (TJ-CE - HC: 00501545620218060062 CE 0050154-56.2021.8.06.0062, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 29/03/2021, Seção Criminal, Data de Publicação: 12/04/2021)

Percebe-se, portanto, que o entendimento supracitado manifestado dentro de alguns Tribunais pátrio tende a se tornar cada vez mais uniforme e consolidada, formando jurisprudência pacífica no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a meu ver, esse entendimento não pode se limitar aos pacientes que sofram de patologia com elevado grau de periculosidade devendo ser abrangido, também, aos casos simples, ou estaríamos caminhando em sentido contrário ao princípio da igualdade (art. 5º, CF/88).

Ora, qual seria o dano a saúde pública do indivíduo que cultiva maconha e faz o seu consumo ao fim do dia, depois de um dia exaustivo como forma de amenizar essa pressão cotidiana?

Parece-me que a única diferença entre o indivíduo que consome maconha para “aliviar o estresse” e aquele que a consome como forma de tratamento para alguma patologia está no momento de intervenção e preservação da saúde, sendo o primeiro consumo como forma preventiva de tratamento para possíveis problemas futuros, e o segundo como “corretiva” em que já se tem uma patologia e se pretende cura-la ou amenizar os seus efeitos na saúde do atingido.

Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área. (BARROSO, 2015, p. 7-8).

Não se está aqui querendo alegar que o consumo de cigarros ou álcool são meios de promoção a saúde, não! O que se pretende demonstrar é que, assim como colocado por Barroso, é necessário que se dê tratamento igual aos indivíduos, seja no consumo de drogas distintas, seja no motivo pelo qual se faz o consumo de droga idêntica por indivíduos distintos, demonstrada a verossimilhança das alegações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos ocorreram diversas mudanças legislativas com relação às drogas, principalmente em relação aos consumidores e traficantes. Apesar destas mudanças, o que se pode observar é que sempre foi dado tratamento criminal ao assunto, em outras palavras, o simples fato de se estar em posse de substância ilícita, em tese, justifica a tutela jurisdicional em âmbito criminal.

É o que se observa até hoje com a vigente Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) que, apesar de não prevê pena privativa de liberdade para o consumo pessoal de drogas, ainda assim, não deixa de ser uma conduta criminosa, ocorrendo apenas a despenalização do crime. Soma-se a isso a ausência de critério objetivo que diferencie o usuário do traficante, ficando a cargo do Estado-juiz, por meio de critérios subjetivos, fazer a distinção entre ambas as condutas típicas.

Diante destes problemas, que vem sendo discutido por meio do RE 635.659/SP a (in) constitucionalidade do art. 28 da citada lei. No voto do Relator (Min. Gilmar Mendes) percebe-se com clareza a inconstitucionalidade do dispositivo diante do controle de constitucionalidade baseado em três níveis de análise até então utilizada pela Corte Constitucional alemã.

Em um primeiro momento de análise (controle de evidência/Evidenzkontrolle), analisar-se-á se as medidas impostas são suficientes para proteção do bem jurídico tutelado. O tratamento criminal dado ao usuário leva a um caminho totalmente distinto, isso porque, dificulta a busca por tratamento (no caso de dependente), bem como dificulta a possibilidade de implementação de medidas socioeducativas quanto aos riscos relacionados ao consumo de drogas. Além disso, permite a comercialização de substâncias, sem qualquer controle/fiscalização quanto a sua produção, podendo resultar no consumo de substâncias imprópria, proporcionando problemas mediatos e/ou futuros aquele que fizerem seu uso, ou, no pior cenário, a morte.

Mostra-se inconstitucional o dispositivo supra também no segundo nível de análise (controle de justificabilidade). Não se pode perceber que o legislador levou em consideração todas as informações necessárias quando da edição da norma, principalmente seus possíveis reflexos negativos. Também não é possível perceber

que as medidas adotadas pelo legislador, por meio de dados empíricos, se mostraram as mais adequadas para o fim que se propõe, ou seja, não seria possível alcançar resultado mais satisfatório com medidas menos lesivas.

Fazendo um paralelo com outra droga hoje legalizada no Brasil (tabaco/cigarros), por meio de sanções administrativas seja com elevado nível de imposto, seja com a proibição de consumo em locais fechados ou que venha a apresentar algum risco a terceiros, conseguiu reduzir em 40% o número de consumidores de cigarros. Portanto, mostra-se nítido que o legislador desincumbiu do seu ônus de analisar medidas menos onerosas ao indivíduo e que proporcionam uma maior efetividade aquilo que se pretende, controle e redução no consumo de drogas.

Ainda que se entenda pela constitucionalidade do dispositivo ora analisado, mostra-se indispensável fixar critérios objetivos para que se possa diferenciar a conduta de consumir drogas ilícitas e comercializá-las. Continuar a fazer essa distinção por meio de critérios subjetivos significar ser conivente com o encarceramento em massa daqueles considerados “inimigos do direito penal”, em outras palavras, significa retirar do convívio social a parcela carente e vulnerável da população como uma forma de “limpeza social” disfarçada de combate as drogas.

Essa seletividade penal pode ser percebida nas sentenças condenatória por tráfico de drogas em que sai maioria, pelo contexto fático como a prisão ocorreu, não se tratavam de indivíduos que realizavam a mercancia de drogas, inclusive, 62,1% dos acusados exerciam alguma atividade remunerada seja ela formal ou informal. Seja pelo levantamento realizado pelo site G1 que observou um aumento no número de presos por tráfico de drogas num percentual assustador de 480%, analisando somente até o ano de 2017.

A proposta apresentada no voto do eminente Min. Barroso me parece a mais acertada quanto a fixação dos critérios objetivos no sentido de permitir o cultivo de até 06 (seis) plantas fêmeas e o porte de até 25 gramas da droga. Não significa dizer que nenhum usuário, a partir da alteração legislativa, possa a ser preso acusado de tráfico de drogas, mas sim que, caso aconteça, o Magistrado terá que analisar os critérios subjetivos a posteriori de atendido os requisitos objetivos, que serão analisado junto com outros indícios de materialidade do crime que se busca imputar ao agente.

Todas essas falhas e incongruências no texto normativo faz com que o

judiciário, de forma indireta, promova a descriminalização do uso da maconha (aqui voltado apenas ao uso medicinal) e, posteriormente, seja seguido pelo poder legislativo.

Ao que me parece, desde os primeiros editos, o real motivo pelo tratamento criminal as drogas nunca foi de proteger/tutelar a saúde pública, pelo menos não de forma direta. As consequências dessa política proibicionista criminal já eram perceptíveis desde a China antiga, produzindo os mesmos efeitos nos norte-americanos com a implementação da Guerra as Drogas e, ainda hoje, se observa não só no Brasil, mas em todos os Estados que adotam o mesmo, ou parecido, tratamento dado as substâncias psicoativas.

Uma mudança legislativa no sentido de dar um tratamento racional a essas substâncias não só promoverá uma maior efetivação a proteção da saúde pública, a redução da violência e criminalidade – dado ao enfraquecimento das Organizações Criminosas -, bem como uma forma de politica criminal com o encerramento do encarceramento em massa dessa parcela da população.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Visco Costa de. *Evolução da legislação antidrogas no Brasil*. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52279/evolucao-da-legislacao-antidrogas-no-brasil#:~:text=At<>>>. Acesso em: 09 mar. 2021;

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Vol.: 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998;

BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/197>. Acesso em: 22 abr. 2021;

BOITEUX, Luciana. *Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva* São Paulo: IBCCRIM, 2014;

BRASIL. Decreto N. 2.994, de 17 de agosto de 1938. *Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países*, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 fev. 2021;

BRASIL, Infopen - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 08 mar. 2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 635.659/SP - São Paulo*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa avançada, 20 agosto 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 19 abr. 2021;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Ceará. *HC 0050154-56.2021.8.06.0062 CE 0050154-56.2021.8.06.0062*. Relatora: Marlúcia de Araújo Bezerra. JusBrasil, 2021. Disponível em: < <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192709755/habeas-corpus-criminal-hc-501545620218060062-ce-0050154-5620218060062/inteiro-teor-1192709765>>. Acesso em: 19 abr. 2021;

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 399/15*. Altera o art. 2º da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, para viabilizar a comercialização de

medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta *Cannabis sativa* em sua formulação. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=94764>>. Acesso em: 25 abr. 2021;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21;

DAVID, Juliana França. *Breve Histórico e Evolução das Legislações Referentes a Drogas no Brasil*. Empório do Direito, 2018. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/breve-historico-e-evolucao-das-legislacoes-referentes-a-drogas-no-brasil>>. Acessado em: 10. abr. 2021;

DANTAS, Rhael Vasconcelos. *Criminalização das drogas no Brasil: evolução legislativa, resultados e políticas alternativas*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017;

DIAS, Julia. *Relatório da OMS sobre tabaco destaca Brasil*. FIOCRUZ, 2019. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/relatorio-da-oms-sobre-tabaco-destaca-brasil>>. Acessado em: 21 de abr. de 2021;

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Ed. RT, 1980;

EMCCDA, *Anual Report on the state of the drugs prolem in Europe*, 2011;

FERRARI, Murillo. *Maconha de farmácias uruguaias é esnobada por quem pode pagar clubes*. Estadão, 2017. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,maconha-de-farmacias-uruguaias-e-esnobada-por-quem-pode-pagar-clubes,70001900672>>. Acessado em: 25 abr. 2021;

FONSECA, E.M., and BASTOS, F.I. *Os Tratados Internacionais Antidrogas e o Brasil: políticas, desafios e perspectivas*. In: ALARCON, S.; JORGE, MAS., comps. *Álcool e outras drogas: diálogos sobre um mal-estar contemporâneo* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012;

GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002;

GIL, A.C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994;

GONÇALVES, Eliane. *ONU tira maconha da lista de drogas mais perigosas*. Radioagência Nacional, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/internacional/audio/2020-12/onu-tira-maconha-da-lista-de-drogas-mais-perigosas#:~:text=A%20Organização%20das%20Nações%20Unidas,substâncias%20com%20menor%20potencial%20danoso>>. Acessado em: 25. abr. 2021;

JESUS, Maria Gorete Marques, Ol, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeu da. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011;

JUNIOR, Paulo Jose da Costa. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo, 1995;

JONAS, D. F. & JONAS, A. D. *A bioanthropological overview of addiction*. In: NATIONAL INSTITUTE ON DRUG ABUSE (NIDA). Research Monograph, 30: 269-277, 1980;

JUNIOR, Roberto Jose de Goes Sobral. *O usuário e o traficante de acordo com a Lei 11.343/2006*. Artigo científico (Pós- Graduação Lato Sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012;

MARTIN, William. *Does marijuana use lead to harder drugs?* Chron, 2015. Disponível em: <<https://www.chron.com/opinion/outlook/article/Martin-Does-marijuana-use-lead-to-harder-drugs-6234329.php>>. Acessado em: 25. abr. 2021;

MARCÃO, Renato. *Novas considerações sobre o momento do interrogatório na Lei nº 10.409/2002*. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2876/novas-consideracoes-sobre-o-momento-do-interrogatorio-na-lei-n-10-409-2002>>. Acesso em: 10/4/2021;

MENDES, Gilmar. *O Controle de Constitucionalidade das Leis Penais e o Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27730997_O_CONTROLE_DE_CONSTITUCIONALIDADE_DAS_LEIS_PENAIIS_E_O_PRINCIPIO_DA_PROPORCIONALIDADE_1. Acesso em: 20 abr. 2020;

MENDONÇA, Lara Tiso Mudrik de. *A (In)constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas*. Monografia (graduação em Direito) - Faculdade Três Pontas, Três Pontas, 2018;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012;

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

MONTEIRO, Ian Rocha. *Inconstitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas: uma crítica às políticas nacionais sobre drogas*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências da Sociedade, Macaé, 2019;

MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito constitucional I. Título*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003;

MOURA, Marcos Vinicius. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, atualização de junho de 2017. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acessado em: 21 abr. 2020;

NETO, Mauro Leite. *Política antidrogas: análise da ineficácia do Art. 28 da Lei nº 11.343/2006*. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Lavras, Minas Gerais, 2019;

OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990;

PUIG, Santiago Mir, *Concepto de Bien Jurídico-Penal como Limite del Ius Puniedi*, Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Maldlener, coordenadores Adhemar Ferreira Maciel *et al.* Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciário, 2014;

RIVEIRA, Carolina. *Para além da Argentina: os países que já legalizaram a maconha medicinal*. Exame, 2020. Disponível em: < <https://exame.com/mundo/nao-so-a-argentina-os-paises-que-ja-legalizaram-a-maconha-medicinal/>>. Acessado em: 25. abr. 2021;

RÖLKE, Jordana Costa. *A falta de critérios objetivos na Lei de Drogas para distinção entre usuários e traficantes*. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018;

ROSMARIN, A. & EASTWOOD, N. *A quiet revolution: drug decriminalization polices in practice across the globe*. Release Drugs: London, 2012;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2014;

TALAMONE, Rose. *USP tem a maior produção científica mundial sobre canabidiol*. Jornal da USP, 2020. Disponível em: < <https://jornal.usp.br/ciencias/usp-tem-a-maior-producao-cientifica-mundial-sobre-canabidiol/>>. Acessado em: 25. abr. 2021;

VELASCO, Clara, D'Agostino, Rosanne, REIS, Thiago. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. G1, São Paulo, 03/02/2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml> >. Acesso em: 19, abr. de 2021;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.