

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRE JORGE MAFTUM

**POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 635.659**

CURITIBA

2018

ALEXANDRE JORGE MAFTUM

**POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 635.659**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE JORGE MAFTUM

POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador:

Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof^a. Dra Katie Silene Cáceres Arguello
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Dr. Jacson Luiz Zilio
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 14 de junho de 2018.

AGRADECIMENTOS

À minha família e aos meus amigos que me acompanham e me dão suporte, muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia perfaz uma análise da atual política criminal de drogas brasileira introduzida pela lei 11.343/2006. Para tanto, examina historicamente a política pautada na repressão à produção, distribuição e consumo, vigente no mundo durante a maior parte do século passado, intitulada de “guerra às drogas”. Em seguida, contrastam-se as inadequações do modelo repressivo com as tendências atuais de das políticas de drogas, baseadas no conceito de prevenção e redução de danos, descriminalização do usuário e legalização da produção e comércio. Ademais, promove avaliação dos tipos penais presentes na lei 11.343/2006 bem como sua adequação aos princípios democráticos. Por fim, com base nos conceitos apresentados, apresenta o Recurso Extraordinário 635.659/SP em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, através dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso, que tem por objeto a constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, como momento mais recente de discussão de política criminal de drogas no país.

Palavras-chave: Política criminal de drogas. Descriminalização. Recurso Extraordinário 635.659.

ABSTRACT

This study will approach the Brazilian criminal policy on drugs introduced by the law nº 11.343/2006. It starts by a historical approach of the drug policy based on the repression of the production, distribution and consumption, upheld in the world from the most part of last century, named “war on drugs”. After, it will be shown the controversy about the new tendencies over the subject with the policies based on the prevention and damage reduction, decriminalization of the drug user and the legalization of the production and trade. Further, the analysis focus on the current law of drugs as well as its adequacy to the democratic principles. Finally, presents the Appeal 635,659/SP in judgment by the Federal Supreme Court, based on the analysis of the unconstitutionality of the Article 28 of Law No. 11.343/06, contrasting the votes of the Ministers Gilmar Mendes, Edson Fachin and Luis Roberto Barroso, as the most recent public debate about the subject.

Keywords: Drugs; Criminal drug policy. Decriminalization

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS.....	15
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DAS DROGAS.....	15
2.2	PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROIBICIONISMO.....	19
2.3	HISTÓRICO DAS POLÍTICAS CRIMINAIS DE DROGAS.....	21
3	PRINCIPAIS ASPECTOS DA ATUAL LEI DE DROGAS.....	34
4	ASPECTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS.....	38
4.1	POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS	41
4.2	DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E CONSUMO PESSOAL DE DROGAS	44
4.3	LEGALIZAÇÕES DO COMÉRCIO E PRODUÇÃO DAS DROGAS	47
5	O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP.....	50
5.1	VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES.....	52
5.2	VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN	55
5.3	VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO	57
5.4	ANÁLISE DOS VOTOS DO RE 635.659/SP.....	60
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

Com uma população de cerca de 205 milhões de habitantes, o Brasil possuía 622.202 pessoas em situação prisional no ano de 2014, conforme dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN - do Ministério da Justiça¹. Deste modo, embora o quinto país mais populoso do mundo, o Brasil detém a quarta maior população carcerária do planeta com 622.202 naquele ano, através de Rússia e China, e do maior encarcerador, Estados Unidos, em primeiro lugar com 2.217.000 de pessoas detidas.²

Em razão da diferença entre as populações absolutas dos diversos países, pode-se obter comparação mais exata a partir da taxa de presos por 100 mil habitantes. Com base nestes parâmetros, o Brasil ocupa a sexta posição, com uma taxa de 306 pessoas presas por 100 mil habitantes. Ao mesmo passo, a média mundial é menor que a metade da brasileira, com 144 pessoas detidas³.

Conforme aponta o INFOPEN, a liderança brasileira nos índices de encarceramento é resultado de diversos fatores, dentre eles principalmente das prisões relacionadas ao tráfico de drogas:

esta posição no topo da lista dos maiores países encarceradores é fruto do elevado crescimento da população prisional nas últimas décadas, em especial dos presos provisórios e das prisões relacionadas ao tráfico de drogas, o que vem causando o crescimento também do encarceramento de mulheres, um fenômeno recente que será objeto de análise.⁴

No mesmo sentido, ao proferir julgamento no HC 118.552 relacionado à repercussão geral acerca da qualificação de hedionda do crime de tráfico de drogas privilegiado, o Ministro Ricardo Lewandowski, citando dados do INFOPEN dimensiona a quantidade de pessoas detidas por crimes relacionados ao tráfico de drogas:

Dados do último INFOPEN do Ministério da Justiça, os quais colacionam informações que datam de dezembro de 2014, dão conta de que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28% (ou, mais precisamente, 174.216 presos) ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres que estão em situação

¹ BRASIL. DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014 – INFOPEN. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em novembro de 2017.

² *Idem.* p. 14.

³ *Idem.* p. 14.

⁴ *Idem.* p. 15.

de privação de liberdade (e hoje já, lamentavelmente, somos a quinta maior população do planeta levado em conta o número de mulheres presas), estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico.⁵

Ao se considerar a informação proferida pelo Ministro de que a detenção prisional de quase um terço dos homens e mulheres brasileiros é decorrente da aplicação da lei de drogas, é visível um excesso da aplicação de um tipo penal específico em relação ao conjunto de condutas típicas pelas legislações penais. Tal situação por si só demonstra uma necessidade de estudo dedicado às questões relacionadas à aplicação da lei de drogas no Brasil.

Neste sentido, o presente trabalho tem por finalidade proceder à análise da norma criminalizadora de condutas relacionadas ao tráfico e consumo de drogas, tanto no aspecto da adequação em relação a um direito democrático, pautado na legalidade, na adequação dos tipos penais, e que realize a garantias do indivíduo.

Ainda, será analisada a questão sob o prisma histórico e pela particularidade social latino americana do contexto de aplicação periférica da política repressiva - o proibicionismo em matéria de drogas. Posteriormente, serão analisadas as transformações ocorridas neste discurso, pautado pelo prisma da descriminalização norteada pela redução de danos, descriminalização do porte e consumo de drogas, bem como argumentos favoráveis a legalização da produção.

Em seguida, será dado enfoque a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 que estabeleceu a atual política de drogas nacional, buscando compreender seus pressupostos teóricos, objetivos, bem como sua aplicação em território nacional.

Por fim, no último capítulo, será feito estudo sobre a possível descriminalização do crime de portar drogas para consumo próprio, tendo como base o Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP, bem como os três votos já proferidos no bojo da ação, do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Ministro Luiz Edson Fachin e do Ministro Luis Roberto Barroso. O Recurso Extraordinário traz o questionamento sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.552. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Trficoprivilegiado.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

2 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DAS DROGAS

Inicialmente são necessários breves comentários acerca da qualificação daquilo que se considera como droga, sua relação com o ser humano, bem como sobre a distinção entre substâncias lícitas e ilícitas.

É imprescindível perceber que a relação entre o ser humano e substâncias psicoativas é um fenômeno complexo e plural. Historicamente, são múltiplas as razões para o consumo destas substâncias e a relação do ser humano com as plantas das quais se podem obter substâncias psicoativas ultrapassa somente os motivos recreacionais, podendo estas ter desde motivos medicinais, artesanais, religiosos ou afrodisíacos, referentes a distintos significados culturais ou sociais. Assim, não é razoável qualquer tentativa de racionalização acerca dos motivos que levam o indivíduo a realizar o consumo de drogas, sem recair em um moralismo reducionista. Assim, pode-se considerar como um fato social que acompanha o ser humano na história a relação e o consumo com substâncias que alteram os sentidos e a percepção do mundo.

Por exemplo, o processo de fabricação e consumo de bebidas alcoólicas a partir da fermentação de grãos é noticiado em diversos períodos da antiguidade:

a partir de um processo de fermentação natural ocorrido há aproximadamente 10.000 anos o ser humano passou a consumir e a atribuir diferentes significados ao uso do álcool. Os celtas, gregos, romanos, egípcios e babilônios registraram de alguma forma o consumo e a produção de bebidas alcoólicas.⁶

No Brasil, os portugueses conheceram no período inicial da colonização o costume das populações locais de consumir uma bebida fermentada em rituais e festas, a partir da mandioca, denominada *cauim*, bem como o uso do tabaco. Já os portugueses já eram habituados ao vinho e a cerveja, e posteriormente, em decorrência do processo agrícola brasileiro da cana-de-açúcar, aprenderam a fazer cachaça:⁷

⁶ Disponível em <http://www.cisa.org.br/artigo/234/historia-alcool.php>. Acesso em novembro de 2017.

⁷ BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2017. O uso de substâncias psicoativas no Brasil. Brasília, p. 14. Disponível em https://www.supera.senad.gov.br/@/material/mtd/pdf/SUP/SUP_Mod1.pdf. Acesso em novembro de 2017.

no entanto, os portugueses conheciam o vinho e a cerveja e, logo mais, aprenderiam a fazer a cachaça, coisa que não foi difícil, pois para fazer o açúcar a partir da cana-de-açúcar, no processo de fabricação do mosto (caldo em processo de fermentação), acabaram descobrindo um melaço que colocavam no cocho para animais e escravos, denominado de “cagaça”, que depois veio a ser a cachaça, destilada em alambique de barro e, muito mais tarde, de cobre.⁸

Por outro lado, a maconha, substância hoje considerada como droga ilícita, segundo André Barros e Marta Peres foi um produto agrícola que acompanhou a humanidade desde os primórdios da agricultura, consistindo num relevante insumo econômico na Europa⁹. Mencionam os autores, que a utilização das fibras de cânhamo para a elaboração de papel, telas de pintura, e inclusive na construção de cordas e velas dos nos navios utilizados à época das grandes navegações, era recorrente, em virtude do cultivo massivo de cânhamo em terras lusas, o que, segundo os pesquisadores comprovaria que o incentivo à produção de maconha era uma política de Estado¹⁰.

Em relação ao Brasil, os autores relacionam o início da repressão da maconha com a vinda da família real portuguesa e de mais 15 mil indivíduos em 1808, bem com a consolidação do poder punitivo do Império, que buscou reprimir costumes relacionados aos homens e mulheres negros que se encontravam em situação de escravidão:

a função de manter a tranquilidade da ordem pública e o patrulhamento da cidade, em 1809, foi criada a Guarda Real de Polícia. À medida que seus truculentos membros passavam paulatinamente a substituir os antigos capitães-do-mato, sua atuação relacionava-se à “polícia de costumes”, ou seja, repressão de festas com cachaça, música afro-brasileira e, evidentemente, maconha.¹¹

Neste principal aspecto, é possível observar que critérios meta-jurídicos como o racismo e a tentativa de criminalização dos costumes afro-brasileiros permeiam os discursos de repressão desde os seus primórdios, uma vez que desde aquele momento, já se focava o aparelho repressivo do estado praticamente em uma só população, fatos que pouco se alteraram atualmente.

⁸ *Idem.* p. 4.

⁹ BARROS, André; PERRES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. REVISTA PERIFERIA, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-20, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/issue/view/285>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁰ *Idem.* p. 2.

¹¹ *Idem.* p. 3.

O paralelismo entre a produção de bebidas alcoólicas e de maconha tem por objetivo demonstrar a relação histórica entre homens e as substâncias psicoativas, independente da qualificação atual destas substâncias entre lícitas e ilícitas.

Conforme as diretrizes de uma Proposta Para Política Nacional de Drogas, que tramitou no Congresso Nacional nos anos 1990¹², e que sugeria uma abordagem com enfoque no indivíduo e na prevenção ao uso das drogas lícitas ou ilícitas, superando a então política de drogas pautada na repressão, Salo de Carvalho menciona que o pressuposto do projeto parte de constatações sobre a multifacetada relação do indivíduo com substâncias psicoativas:

o consumo de produtos capazes de alterar o psiquismo humano faz parte da vida em sociedade. O álcool, cujo uso é permitido e até estimulado geralmente é considerado como um 'mediador das relações sociais'. A maconha, para muitos jovens, cumpre o papel de facilitar sua integração ao grupo, ou até mesmo uma forma de transgressão e agressão ao meio no momento crítico de sua passagem à vida adulta. O abuso de determinados medicamentos pode também ter como origem a tentativa de minimizar as tensões geradas pela sociedade moderna.¹³

Em relação ao consumo de drogas, a título de exemplo a fim de demonstrar a penetração das substâncias psicoativas no seio da sociedade, pode-se analisar os dados epidemiológicos obtidos pela Secretária Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) que no informativo "Pesquisas Sobre O Consumo De Drogas No Brasil" no ano de 2010, menciona o uso por parte dos adolescentes no Ensino Médio e Fundamental: 42% dos jovens consumiram álcool, e em média 10% outras drogas.¹⁴ No âmbito universitário, o mesmo informativo apresenta o consumo de álcool no último ano anterior à pesquisa por 72% dos universitários, enquanto o consumo de substâncias ilícitas chegava a 36%, sendo a maconha a mais consumida com 14%.

15

Os dados apresentados demonstram que é inegável o fato de que as drogas lícitas ou ilícitas fazem parte da vida cotidiana e da realidade social dos indivíduos. Entretanto, necessário apontar que a distinção entre a legalidade das substâncias

¹² Proposta do CONFEN (Conselho Federal de Entorpecentes) que tramitou enquanto Projeto de Lei nº 4.591/94, e posteriormente arquivado.

¹³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. p. 163

¹⁴ BRASIL. Secretaria Nacional de Drogas. PESQUISAS SOBRE O CONSUMO DE DROGAS NO BRASIL. Disponível em <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094329-001.pdf> p. 8. Acesso em novembro de 2017.

¹⁵ *Ibidem*. p. 9. Acesso em novembro de 2017.

possui natureza primordialmente moral, pois carece de qualificação científica ou jurídica a partir da natureza das substâncias para a sua distinção. Conforme afirma Nilo Batista, prefaciando a obra da autora venezuelana Rosa Del Olmo, a criminalização de certas substâncias prescinde de natureza ontológica, relacionando-se primariamente a decisões de caráter político-ideológico:

hoje em dia, as drogas proibidas só são proibidas por figurarem numa lista editada mediante ato administrativo da autoridade sanitária, lista cuja função é complementar concretamente a norma penal (que criminaliza, de modo genérico, o comércio e uso de algo tão vago quanto "substância entorpecente", "substância que determina dependência física ou psíquica", etc). Já houve um tempo em que também certos livros eram proibidos exatamente por figurarem numa lista editada autoridade religiosa.¹⁶

Em sua obra, "*La cara oculta de la droga*" expõe, a professora venezuelana, as próprias indefinições quanto ao vocábulo droga, uma vez que na linguagem cotidiana refere-se a toda e qualquer substância capaz de alterar as condições psíquicas e por vezes física do ser humano. Por outro lado, na linguagem científica, conforme aponta a Organização Mundial de Saúde, o vocábulo droga se refere a "toda substância que, introduzida em um organismo vivo, pode modificar uma ou mais funções deste". A autora aponta que é intencional a excessiva abertura do conceito, uma vez que abarca tanto medicamentos destinados ao tratamento de enfermidades, quanto outras substâncias ativas do ponto de vista farmacológico. Definição esta, amplamente reproduzida nos mais diversos países, apesar de estar mal definida, ser imprecisa e excessivamente geral.¹⁷

Tal constatação é relevante, segundo a autora, pois a indeterminação do conceito de drogas permite a coexistência de diversos discursos, inclusive contraditórios entre si, que contribuem para a distorção e ocultamento da realidade social da droga, obedecendo a agendas específicas, sem preocupar-se com rigor conceitual, de modo que uma vez agrupadas em uma única categoria, pode-se promover a separação entre permitidas ou proibidas segundo a conveniência das autoridades políticas.¹⁸. Assim:

a palavra droga não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em "sua capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas", que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido

¹⁶ BATISTA, Nilo. Prefácio. In: OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p.8.

¹⁷ OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 21.

¹⁸ *Idem*. p. 23.

proibidas. Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias permitidas, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo, o caso do álcool.¹⁹

Em relação ao Brasil, o que distingue quais drogas são consideradas ilícitas é a Lista F de substâncias do ANEXO I da Portaria nº 344/98 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a qual é atualizada por Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC), sendo que a última alteração deu-se em 26 de outubro de 2006 (RDC nº 44/10), estando assim, no âmbito do poder executivo.

Neste sentido, a determinação de quais substâncias são ilícitas em nosso país parte desta portaria, a partir da qual a Lei de Drogas 11.343 de 2006 se vale para definir que sobre estas substâncias se aplicam seus tipos penais (artigo 1º, § Único)²⁰. Desde logo se pode observar que a parte integradora de diversos tipos penais presentes na lei são criados e alterados por atos do poder executivo, ou seja, é uma lei penal em branco que necessita o complemento de uma medida administrativa para sua completude, fato que coloca em suspeição a constitucionalidade da referida lei, uma vez trata-se de norma criminalizadora que não foi criada segundo o procedimento democrático do poder legislativo, o qual será futuramente analisado quando dos aspectos de legalidade da lei de drogas.

2.2 PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROIBICIONISMO

Embora possa se admitir que a atual lei de drogas contenha avanços na redução da dimensão proibicionista da política de drogas, ao remover a pena privativa de liberdade em relação ao consumo, não houve significativas mudanças em relação à política criminal adotada quanto à produção, distribuição e comércio

¹⁹ OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 24.

²⁰ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, Disponível em: . Acesso em novembro de 2017.

art. 1o [...] Parágrafo único. *Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.*

das substâncias ilícitas de modo a continuar reproduzindo o modelo de Guerra às Drogas, pautado na repressão e crescente militarização dos aparatos policiais.

Primeiramente, pode-se compreender política criminal como o conjunto de ações tomado pelos atores que atuam no âmbito penal, desde o poder legislativo no momento de definição das condutas criminosas, quanto as Polícias Militares e Civil, Ministério Público e Poder Judiciário. Neste sentido, Salo de Carvalho, contrastando com a afirmação frequente de pesquisadores acerca da inexistência de política criminal de drogas sistematizada no país²¹, afirma a existência real de uma política criminal local, pautada no modelo repressivo, que não tem por objetivo a concretização de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados:

a hipótese desenvolvida nesta pesquisa é a da real existência de modelo político-criminal de drogas no Brasil. Todavia, distante da programação constitucional de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, há conformação belicista do sistema repressivo advindo da gradual e constante incorporação dos signos criminalizadores transnacionalizados, operando sérias violações aos direitos dos sujeitos vulneráveis à incidência das agências punitivas.²²

Ao mesmo passo, Nilo Batista acrescenta que a fim de evitar distorções idealistas, o conceito de política criminal deve, para além de enunciar os critérios diretivos da atuação da justiça criminal, incluir as relações materiais promovidas por estas agências. Assim, no conceito de política criminal inclui-se:

o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação.²³

Desta maneira pode-se depreender que o discurso punitivista se baseia na ideia de que a proibição seria a forma ideal de acabar com o consumo e o comércio das drogas. Neste aspecto, às penas aplicadas em relação a estes crimes tem por objetivo a prevenção penal negativa, na qual a ameaça de punição desestimulará as pessoas aos seus hábitos e preferências pessoais, deixando de consumir

²¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

²² *Idem*, p.3

²³ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p. 78.

determinadas substâncias, apenas pelo fato destas serem ilícitas, em razão da ameaça de sanção penal.

2.3 HISTÓRICO DAS POLÍTICAS CRIMINAIS DE DROGAS

Contudo, para a compreensão acerca do momento atual da política criminal de drogas no país é necessária exposição do panorama ideológico e jurídico que basearam os discursos à questão acerca das drogas ilícitas. Entretanto, como afirma Salo de Carvalho, há impossibilidade de reconstrução histórica linear do momento exato do início do processo de criminalização das drogas, pois inexistente:

a origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente processo moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.²⁴

No Brasil, pode-se encontrar os primeiros registros de legislações de drogas a partir das Ordenações Filipinas, na qual se criminalizava o uso, porte e comércio de substância entorpecente sob a seguinte redação: Ordenações Filipinas - Livro V, Título LXXXIX – *que ninguém tenha em caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso.*²⁵

Posteriormente, embora silente o Código Penal do Império (1830) acerca do tema, será retomado o processo criminalizador pelo primeiro Código Penal da República, promulgado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890, pelo qual se inaugurou a regulamentação dos crimes contra a saúde pública, no título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública). Assim, conforme Salo de Carvalho:

o artigo 159 previa como delito “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, submetendo o infrator à pena de multa”²⁶

Na mesma parte na qual se criminalizava, a título de exemplo, a prática de magia e do espiritismo (art. 157); do curandeirismo (art. 158) e do emprego de medicamentos alterados (art. 160).

²⁴ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11.

²⁵ *Idem*. p. 10

²⁶ *Idem*. p. 12.

Salo de Carvalho relaciona com o aumento do consumo de ópio e haxixe, no início do século XX, sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, a densificação e complexificação das condutas contra a saúde pública, ocorrida com a Consolidação das Leis Penais de 1932, que acrescentou doze parágrafos ao caput do art. 159 do Código de 1890:

em matéria sancionatória, à originária (e exclusiva) pena de multa é acrescentada a prisão celular. A pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passam a delinear novo modelo de gestão repressiva, o qual encontrará nos decretos 780/36 e 2.953/38 o primeiro grande impulso na luta contra as drogas no Brasil²⁷.

Neste momento inicial, conforme a doutrina de Nilo Batista, o enfoque da criminalização é médico-sanitário, uma vez que primordialmente recaia sobre as condutas dos profissionais autorizados a estar com as substâncias entorpecentes, como licença para o fabrico ou comercialização, registros em livros especializados, o controle sobre as receitas médicas, dentre outras formas²⁸. Neste sentido:

o que se depreende com clareza de tais normas é uma concepção sanitária de controle do tráfico, de um tráfico que se alimenta do desvio da droga de seu fluxo autorizado. As drogas estavam nas prateleiras das farmácias ou nos "stocks" de uma indústria que apenas suspeitava de seu futuro sucesso comercial, e boticários, práticos, facultativos, fiéis de armazém e funcionários da alfândega são os personagens que abastecem de opiáceos ou cocaína grupos reduzidos e exóticos, intelectuais, filhos do baronato agroexportador educados na Europa, artistas.²⁹

Em conclusão, Salo de Carvalho dispõe que embora existentes normas criminalizadoras das drogas ao longo da história legislativa brasileira, unicamente a partir da década de 40 pode-se considerar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Assim, em oposição à existência de normas esparsas que denotam preocupação episódica, as políticas de controle das drogas iniciam a serem estruturadas sistematicamente em razão da adoção de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, regulados com

²⁷ *Idem.* p. 12.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p. 80.

²⁹ *Idem.* p. 81.

independência de outros tipos de delito, com modelos de criminalização primária e secundária próprios.³⁰

A partir do início do processo de internacionalização da criminalização das drogas, editou-se no Brasil, em consonância com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, o Decreto-Lei 891/38, regulamentando questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo.

Em seguida, a matéria recebe novo tratamento sistemático com a publicação do Código Penal de 1940³¹, no qual, segundo Salo, permanecia o intuito de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e aplicação da lei codificada. Entretanto, Nilo Batista acrescenta que no contexto liberalizante da redemocratização de 1946, o tema das drogas cai para segundo plano, cujos reflexos são visíveis na lei penal de 1940 que optou por descriminalizar o consumo, e reduziu os verbos tipificados em relação ao Decreto-Lei 891/38³².

Porém, relaciona Salo de Carvalho que a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo) e, em nível internacional do Protocolo Para Regular o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio, promulgado em Nova Iorque em 1953, adotado no Brasil sob a forma de Convenção Única sobre Entorpecentes pelo decreto 54.216/64, sob a égide da Ditadura Militar, iniciou-se na legislação pátria, em relação aos entorpecentes de maneira especial, um amplo processo de descodificação, de graves consequências para o que considerou o “(des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal)”³³.

O autor relaciona este fenômeno com o discurso oficial surgido a partir da década de 50 do primeiro discurso coeso sobre as drogas ilegais e a necessidade do seu controle repressivo a partir da potencialização das leis penais repressivas e

³⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 13.

³¹ Sob o título de “*comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes*”, cuja previsão se encontra descrita no art. 281: “*importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*”

³² BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p. 84.

³³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 13.

do surgimento do estereótipo moral do consumidor, intitulado por Rosa Del Olmo como discurso ético-jurídico.

A autora realiza uma análise acerca do tema durante a década de cinquenta, concluindo que neste momento ainda não se via a droga como problema, pois ainda não possuía a mesma importância econômico-política da atualidade tampouco em relação ao consumo. O universo da droga naquele momento era adstrito a grupos marginais da sociedade como músicos, imigrantes e as classes menos privilegiadas, em geral:

sobretudo aos opiáceos - morfina ou heroína -, próprio de grupos marginais da sociedade, desde integrantes da aristocracia européia, médicos e intelectuais, músicos de jazz e grupos de elite da América Latina, até delinqüentes comuns. [...] Por sua vez, a maconha também era própria de grupos marginais, fundamentalmente imigrantes mexicanos, era chamada de "a erva assassina" (*the killer weed*) porque era associada à violência, agressividade e criminalidade. [...] Nos países da periferia, e concretamente na América Latina, também se associava a droga à violência, à classe baixa e especialmente à delinqüência. Pensar nas drogas era associá-las aos "baixos escalões".³⁴

Entretanto, ao mesmo tempo inauguravam-se as primeiras manifestações internacionais buscando delimitar juridicamente mecanismos de enfrentamento das drogas, enquadrando-a como questão de saúde pública, predominando o discurso de relação entre droga e periculosidade social, permeado pelo surgimento da relação entre o modelo médico-sanitário, em razão das manifestações de especialistas internacionais através da Organização Mundial de Saúde e da Organização das Nações Unidas e suas respectivas Comissões que iniciavam as recomendações de medidas de controle das drogas, qualificando-as como questões de saúde pública. Assim, surgiam as primeiras tentativas de difundir internacionalmente os modelos ético-jurídico e médico-sanitário para enfrentá-las.³⁵

É a partir da década de sessenta que ocorre a alteração decisiva do plano ideológico, através da consolidação do modelo médico-sanitário no qual se considera o uso de drogas como sinônimo de dependência. Conforme aponta Rosa del Olmo, em razão da Convenção única sobre Estupefacientes de 1961, bem como da decisão das Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América de 1962, na qual decidiu-se que o consumidor não era delinqüente, mas sim doente.³⁶

³⁴ OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 29.

³⁵ *Idem*. p. 33.

³⁶ *Idem*. p. 33.

Neste sentido, menciona Salo de Carvalho as mudanças ocorridas no perfil dos consumidores nesse período, com a consolidação dos movimentos de contracultura e contestação e a popularização da maconha e do LSD, de modo que o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando as primeiras dificuldades às agências de controle penal.³⁷

Entretanto, a popularização apontada demonstra que o consumo de tais substâncias transcendeu o âmbito das “minorias sociais” nos Estados Unidos da América, no caso da maconha, por exemplo, “não somente entre os trabalhadores mexicanos, mas também entre os jovens de classe média e alta”³⁸, de modo que os efeitos decorrentes da criminalização do consumo passaram a ser mais amplamente questionados³⁹.

Uma vez que o consumo de drogas atingiu aquilo que se considerava o cerne da sociedade, não obstante o discurso jurídico moralizador predominante, houve necessidade de adequação a fim de distinguir aquele que propiciava o consumo (enquanto o mal, corruptor, devendo ser combatido, notadamente pertencente às minorias étnicas e sociais) e aquele que induzido ao consumo, seria considerado como doente, contribuindo para a consolidação do discurso médico pautado no binômio delinquente-dependente:

os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados "corruptores", daí o fato o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualifica-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico que apresentava o já bem consolidado modelo médico-sanitário.⁴⁰

É, portanto, a partir deste momento que surge o que Rosa del Olmo considera como ideologia da diferenciação, processo que permeia a atual legislação de drogas, no qual distingue-se a o consumidor e o traficante, destacando-se implicações jurídicas distintas. Entretanto, sem critérios objetivos, é notável que o

³⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 14.

³⁸ OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 33.

³⁹ *Idem*. p. 34.

⁴⁰ *Idem*. p. 34.

processo de diferenciação comporte imensa carga ideológica, garantindo às classes mais abastadas a qualidade de consumidores, e aos indivíduos dos outros espaços sociais a qualidade de traficante. Conforme dispõe a autora, um duplo discurso sobre a droga: *médico-jurídico*, por tratar-se de uma conjugação dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico) possibilitando a diferenciação entre consumidor e traficante, ou, entre doente e delinquente.⁴¹

O processo de transacionalização do controle das drogas a partir da influência das embaixadas dos Estados Unidos da América nos países da América Latina é visível, quando se analisa que a mudança ao discurso médico-jurídico ocorrida naquele país repercutiu diretamente nos textos legais, por exemplo, a Venezuela que modificou seu Código Penal para aumentar penas, bem como o Brasil através da promulgação do decreto-lei nº 159 em 1967, em cujo título se fala de "substâncias que produzam dependência".⁴²

Em razão do golpe de estado ocorrido no Brasil em 1964, conforme as categorias propostas por Nilo Batista tem-se a adoção do modelo bélico no país. Através da importação de conceitos norte-americanos de combate às drogas através da guerra (inimigo externo) e da ameaça internacional da guerra fria, que produziu mudanças não somente na militarização das relações entre os países, mas também no nível interno geopolítico, com a equiparação ideológica entre traficante (como inimigo interno) ao sujeito subversivo da sociedade cristã ocidental⁴³. Assim, criaram-se as condições para implementação do modelo bélico, que aqui, teve o condão de equiparar criminalmente usuário e traficante:

em 1968, treze dias depois do Ato Institucional n. 5, o edito militar que ministrou o *coup-de-grâce* na democracia representativa e garroteou a um só tempo as garantias individuais, a liberdade de expressão e o Poder Judiciário, o decreto lei n. 385, de 26 de dezembro, alterava o artigo 281 CP. Além da introdução de mais alguns verbos no tipo de injusto do tráfico ("preparar, produzir"), e de sua ampliação para as matérias-primas, a novidade estava na equiparação *quoad poenam* do usuário - daquele que traz consigo, para uso próprio, "substância entorpecente"- ao traficante.⁴⁴

Entretanto, em razão das diferenças econômicas, sociais, bem como do grau de desenvolvimento das instituições democráticas, a adoção do novo discurso vai

⁴¹ OLMO, Rosa del. La cara oculta de la droga. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 34.

⁴² *Idem*. p. 37.

⁴³ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p. 85.

⁴⁴ *Idem*. p. 85.

produzir resultados diferentes em cada região. Se nos Estados Unidos da América a distinção proposta entre “delinquente” e “doente” tinha por objetivo evitar a pena de prisão para consumidores, na América Latina o efeito era diverso:

se o que se pretendia nos Estados Unidos com esta separação entre “delinqüente” e “doente” era aliviar o consumidor da pena de prisão, nos países periféricos, sem os serviços de assistência para tratamento dos países do centro, o consumidor se converteria em inimputável penalmente. Na prática significou que o consumidor era privado de liberdade e da capacidade de escolha ou vontade, e, portanto sujeito a um controle muito mais forte. Outra alternativa era, como ocorreu por exemplo com a reforma do art. 367 do Código Penal venezuelano em 1965, a falta de precisão na definição entre posse e consumo, que deu lugar a múltiplas sentenças condenatórias à prisão de possíveis consumidores.⁴⁵

No alvorecer da década de setenta, consolida-se o consumo de heroína em solo estadunidense, com o consumo por parte dos ex-combatentes da Guerra do Vietnã, ultrapassando os limites antes reservados ao consumo nos guetos urbanos. Em decorrência esta droga passou a ser tratada, no discurso enquanto sinônimo de perturbação social, já que estava causando danos entre a juventude de classe média.⁴⁶

Com o consumo por parte da juventude branca de classe média, pode-se considerar que se inicia o discurso político da droga. Conforme afirma Rosa del Olmo: “qualificar a heroína de *inimigo público* permitia iniciar o discurso político para que a droga começasse a ser percebida como ameaça à ordem”⁴⁷.

Entretanto, analisando perfil de consumo da heroína se conclui de tratar de substância com menor potencial contestatório, por ter seu consumo individualizado, marginalizado, que inibe a formação de grupos de protesto. Assim relaciona que a massificação do consumo com a dissolução de movimentos contestatórios nos Estados Unidos da América, por exemplo, o caso dos Panteras Negras e seus dirigentes viciados em heroína, retirando do discurso da droga, em matéria de segurança, o “inimigo interno”.⁴⁸

Neste sentido, pode-se observar a decadência dos movimentos contestatórios da política dos anos 1960, e parte-se para a consolidação da transnacionalização do combate a droga, através do discurso do “inimigo externo” visto no traficante de drogas internaciona, possibilitando a responsabilização pelo consumo de drogas nos

⁴⁵ OLMO, Rosa del. La cara oculta de la droga. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 39.

⁴⁶ *Idem.* p. 39.

⁴⁷ *Idem.* p. 39.

⁴⁸ *Idem.* p. 40.

países de primeiro mundo à um país inimigo, discurso este que se difundiu com grande intensidade⁴⁹

Neste momento, o discurso de inimigo externo refere-se à produção de heroína no sudeste asiático, entretanto, escolheu-se como algoz, por razões eminentemente políticas, a China de Mao, como responsável pelo problema, como demonstra Rosa del Olmo, citando o pesquisador alemão Hans-Georg Behr:

a guerra do Vietnã foi, se não a madrinha, pelo menos a testemunha do casamento da heroína com a política. A teoria de que a China estava envenenando o mundo livre com a heroína recebeu nos círculos do Serviço Secreto um nome peculiar, "O Pacto de Pequim", que imediatamente foi adotado também pelos jornalistas.⁵⁰

Dessa maneira, em vista da política repressiva adotada pelos Estados Unidos para além de suas fronteiras, reforça-se a necessidade de consolidação de normativa internacional que desse suporte para tais ações, incluindo uma série de substâncias, notadamente os farmacos, nas listras de proibição, o que resultou, segundo a autora Rosa del Olmo, na aprovação pela ONU em 1971 do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, e em 1972 o Protocolo que modificava a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, incluindo diversas substâncias, inclusive as anfetaminas.⁵¹

A transnacionalização da repressão às drogas se consolida como política externa estado-unidense, tendo sido realizadas operações de combate no sudeste asiático, na Turquia, e a operação Condor no México para destruição de cultivos de Amapola. Além disso, ocorreram as operações Intercept e Bucanero na Jamaica, para destruição dos cultivos de maconha. Entretanto, é a partir da consolidação da cocaína enquanto droga das elites, pois culturalmente relacionada a personalidades de prestígio profissional e artístico, e de maior sociabilidade, que se passara a maior repressão nos países produtores das drogas, permitindo a vinculação do discurso repressivo a uma substância específica.⁵²

A autora demonstra a crescente e consolidação do consumo de cocaína no início dos anos 1980, citando que enquanto em 1974 a haviam provado 5 milhões e 400 mil pessoas; em 1982, 21 milhões e 600 mil de norte-americanos. Ao mesmo

⁴⁹ *Idem.* p. 40.

⁵⁰ *Idem.* p. 41.

⁵¹ OLMO, Rosa del. La cara oculta de la droga. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 43.

⁵² *Idem.* p. 48

tempo, o número de consumidores habituais aumentou de 1,6 milhão em 1977 para 4,2 milhões em 1982, nos Estados Unidos da América.⁵³

Tais fenômenos terão uma repercussão de maior importância nas políticas de repressão, tendo em vista que é a partir da década de oitenta que efetivamente se consolida as políticas transnacionais para repressão das drogas, pautadas, nos Estados Unidos por um discurso dualista:

por outro lado, ao entrar na década de oitenta, os Estados Unidos contarão com o maior número de consumidores de drogas de toda a sua história, e particularmente de cocaína e maconha. Apesar disso, o consumidor deixa de ser considerado um "doente" e passa a ser considerado "cliente e consumidor de substâncias ilícitas". A preocupação central é a droga procedente do exterior - e muito especialmente os aspectos econômicos e políticos do tráfico de cocaína, droga que, como já assinalamos, é o centro de atenção do discurso nos últimos anos⁵⁴.

Segundo a autora Rosa del Olmo, aumenta-se inclusive a preocupação econômica da drogas, pois como resultado do tráfico circulavam na economia milhões de dólares livres de impostos. Assinala que em 1983, estimou-se a rentabilidade dos negócios relacionados ao tráfico de drogas em mais de 100 bilhões de dólares dentro dos Estados Unidos, o que equivaleria a 10% da produção industrial daquele país.⁵⁵

Com a nova magnitude e dinâmica do tráfico os discursos sobre a droga vão se alterando. Neste momento, se reforça a ideia do traficante enquanto inimigo externo da sociedade (no caso Estado Unidense), sendo reforçado através de estereótipos do traficante latino, do imigrante ilegal:

as características do novo discurso droga, mas que também vão dando lugar à criação, por razões aparentemente econômicas, do estereótipo latino-americano, produto não apenas do discurso jurídico, mas também do discurso dos meios de comunicação, se nos lembrarmos de sua grande difusão em programas de televisão como "Miami Vice", no qual os traficantes de cocaína são sempre latino-americanos, mas com maior frequência colombianos.⁵⁶

Dessa maneira, percebe-se que o foco dado à política de drogas era eminentemente a repressão nos países estrangeiros considerados produtores das drogas ilícitas mais importantes, sendo, deste modo, responsabilizado a oferta e não o consumo, reforçando a ideia do "inimigo externo" como o único culpado pelo fenômeno da popularização do consumo de drogas. Isto pode ser observado pela

⁵³ *Idem.* p. 50

⁵⁴ OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p. 56.

⁵⁵ *Idem.* p. 57.

⁵⁶ *Idem.* p. 60.

declaração da Casa Branca em 1982 quando declarou que a eliminação das drogas ilegais na fonte no exterior, ou próximo dela, é a maneira mais efetiva de reduzir a oferta doméstica destas substâncias.⁵⁷

Dá-se início ao período conhecido como Guerra às Drogas, capitaneado pelo então presidente Reagan que declarou que as drogas eram o problema nº 1 do país, discurso que ensejou, ao cabo, em legitimar e permitir a intervenção diplomática, financeira e inclusive militar, dos Estados Unidos, em diversos países.⁵⁸

Entretanto, diante da estratégia de repressão do cultivo nos países produtores como antes assinalado, era necessário à transformação do discurso médico de oposição entre doente e delinquente, para termos geopolíticos, estabelecendo a distinção entre países vítimas e países vitimários e, com maior clareza quem seria o inimigo externo. Assim, surge um novo discurso mais complexo e mais refinado em relação às drogas, pautado nos postulados da Doutrina da Segurança Nacional – o discurso político-jurídico transnacional.⁵⁹

Estas novas tendências vão resultar na Convenção de Viena de 1988 aprovada pela ONU na qual há o ápice das normativas de repressão, relacionando o combate ao tráfico já em seu título: “contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas”, portanto, claramente inspirada na política de guerra às drogas⁶⁰.

Na América latina e no Brasil a adoção dos modelos de repressão à produção, à distribuição e ao consumo de substâncias ilícitas vai se pautar, segundo Salo de Carvalho, “no tripé ideológico represtado pelos movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)”⁶¹ os quais configuram segundo o Autor um modelo superpositivista de combate à criminalidade, que pautado nos efeitos da mídia sensacionalista, contribui para a polarização idealizada da sociedade entre o bem e o mal, ou seja, entre criminosos e não criminosos⁶². Deste modo, na América Latina

⁵⁷ *Idem.* p. 61.

⁵⁸ *Idem.* p. 64.

⁵⁹ *Idem.* p. 64.

⁶⁰ KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: novembro de 2017.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163. p. 31.

⁶² *Idem.* p. 46.

a conjunção destes modelos influi na conformação de modelos belicistas de gestão da segurança pública:

definidos, portanto, os estereótipos criminais (estética delitiva) – signos de formação do consenso sobre o crime, a criminalidade e a resposta penal, bem como das metarregras de criação, interpretação, aplicação e execução das leis penais -, são identificados os inimigos a eliminar/neutrailizar na guerra contra a criminalidade.⁶³

Tal fenômeno vai resultar nas inúmeras experiências de utilização do aparato militar para a repressão às drogas no contexto latino-americano em razão do enunciado poderio econômico dos agentes do narcotráfico, apoiado pelos governos norte-americanos. Intervenção que segundo Salo de Carvalho demonstra o fracasso da política de guerra às drogas, uma vez que não obtem resultados na erradicação ou controle do narcotráfico, mas ao mesmo tempo, promove violação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da sociedade, notadamente aqueles que residem nas áreas relacionadas à produção, ou distribuição das drogas, como os morros do Rio de Janeiro⁶⁴.

Ainda, no contexto de aplicação periférico de guerra às drogas na América Latina, pode-se observar a atuação das agências penais orientadas pela metarregra pautada na idéia do inimigo narcotraficante⁶⁵. Desta maneira, pode-se compreender que as políticas criminais de drogas na região tem por fundamento o direito penal do inimigo, enxergando no traficante de drogas um não sujeito de direitos. Tal procedimento é legitimador da violência, bem como funciona de vetor de atuação, sobretudo das polícias, bem como do judiciário, no quais a partir de estigmas de raça e condição socioeconômica determinam, por margem da lei, quem é considerado como usuário ou traficante.

Tais critérios demonstram a seletividade das condutas tipificadas penalmente pela lei de drogas, pois conforme Katie Arguello, introduzindo o pensamento de Alessandro Baratta, a partir da perspectiva da criminologia crítica, “a criminalidade não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados

⁶³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.

⁶⁴ *Idem*. p. 57.

⁶⁵ *Idem*. p. 87.

indivíduos e sim a atribuição de um status a determinados indivíduos”⁶⁶. Esse processo criminalizador ocorre por meio de uma dupla seleção:

primeiramente, “a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais” (processo de criminalização primária); depois, “a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas” (processo de criminalização secundária).⁶⁷

Conforme a autora, a diferenciação dos processos de criminalização primária e secundária permite compreender que é possível que as instituições da justiça criminal entreguem tratamento distinto às pessoas, pelas mesmas condutas, conforme o grupo social que ocupem. No contexto brasileiro, segundo Vera Malaguti Batista, no período para a transição da democracia (1978-1988), os sistemas de controle social, inclusive o midiático, ajudaram a confeccionar um novo estereótipo para o inimigo interno: o do jovem traficante, a quem são reservadas as sanções penais relacionadas às drogas⁶⁸.

Assim, a guerra ao inimigo interno, legitimada socialmente pelo medo instigado pela polícia e os meios de comunicação de que o aumento da violência urbana e prisões são criados pelos setores subalternos do tráfico, demonstra Katie Arguello que, ao contrário, é a atuação dos sistemas repressivos, pautados por determinados estereótipos e forma de atuar que produz violência. Uma vez que o inimigo dessa guerra às drogas é, conforme a autora, o setor mais inofensivo no tráfico ilícito⁶⁹.

Outro aspecto, é que a adoção do modelo repressivista no Brasil pode ser vista na opção político-criminal feita no texto constitucional de 1988. Embora seja a primeira constituição promulgada com intuito de recuperação da democracia e do Estado de direito através da ruptura com os sucessivos governos militares, não houve alteração no discurso em relação às drogas, ocorrendo, em sentido contrário, verdadeira fortalecimento no modelo repressivo. Primeiramente, houve equiparação

⁶⁶ BARATTA, Alessandro *apud* ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno das drogas como problema de política criminal*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 56, 2013. p. 179.

⁶⁷ ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno das drogas como problema de política criminal*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 56, 2013. p. 179.

⁶⁸ BATISTA, Vera Malaguti *apud* ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno das drogas como problema de política criminal*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 56, 2013. p. 184.

⁶⁹ ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno das drogas como problema de política criminal*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 56, 2013. p. 185.

dos crimes relacionados ao tráfico de drogas com os crimes hediondos⁷⁰, produzindo, segundo Salo de Carvalho:

efeitos no campo penal, processual e penitenciário. Com a determinação de elaboração da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e a previsão de inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia, a Constituição deu vazão e legitimou o estatuto que melhor pode ser enquadrado como fruto dos movimentos criminalizadores autoritários.⁷¹

Acrescenta o autor, que como efeito desta equiparação, reduziu-se, em relação aos apenados por crimes relacionados ao tráfico de drogas o direito de liberdade provisória o indulto, a progressão de regime, ampliando os prazos de prisão temporária e os de livramento condicional⁷², demonstrando os efeitos no encarceramento, que segundo Salo “atingem níveis insuportáveis na atualidade”.⁷³

Outra repercussão da guerra às drogas no texto constitucional se encontra na possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado por crime relacionado ao tráfico de drogas, mesmo que o crime tenha ocorrido antes da naturalização. Trata-se da única hipótese de extradição prevista na Constituição para crime ocorrido antes da naturalização, demonstrando a importância da diferenciação no tratamento desta espécie de delito em relação aos demais.⁷⁴

⁷⁰ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem

⁷¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48.

⁷² BRASIL. LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; [...]. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.[...]. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em novembro de 2017.

⁷³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163. p. 49.

⁷⁴ BRASIL, Constituição Federal, artigo 5º, LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

3 PRINCIPAIS ASPECTOS DA ATUAL LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006)

Promulgada em 2006, pelo presidente Luis Inácio Lula da Silva, a Lei 11.343 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisna. Em seu preâmbulo afirma o compromisso em prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definir crimes e dá outras providências⁷⁵.

Assim, a lei de drogas é composta de seis títulos que enunciam os principais aspectos da lei: i) *disposições preliminares*; ii) *o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas*; iii) *as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*; iv) *a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*; v) *a cooperação internacional*; vi) *e as disposições finais e transitórias*.

Através da leitura da lei pode-se depreender que há conjugação de ambas as técnicas de política criminal – preventiva e repressiva. A prevenção terá enfoque no tratamento dado ao usuário, compreendido que o tratamento deste deverá se dar pelo viés da prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, portanto, proteção mediante tratamento médico quando necessário. Em relação ao tráfico, serão estipulados mecanismos de atuação pelo viés repressivo da produção⁷⁶.

Embora da leitura do texto legal depreendam-se diversos princípios e objetivos de proteção da saúde pautados na melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas, bem com a integração na sociedade, Salo de Carvalho menciona que as diretrizes de políticas de redução de danos desacompanhadas de demarcação clara de ações e órgãos competentes para atuação prática, ao fim servem para legitimar as ações de

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:

⁷⁶ Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

natureza proibicionista, uma vez que há supervalorização do modelo criminalizador.⁷⁷

Outro aspecto de relevante alcance é a diferenciação entre o tratamento destinado ao tráfico ou ao consumo, considerado um dos principais avanços da nova lei. Entretanto, tal diferenciação não foi suficiente ao ponto de retirar o caráter criminal das sanções relacionadas ao consumo. Desta maneira, embora a lei enuncie que o trato com relação ao usuário de drogas deve pautar-se sob o fundamento da prevenção, no capítulo destinado aos crimes e as penas a lei manteve a criminalização do usuário:

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.

Em relação ao tráfico de drogas, a cominação legal tem a seguinte redação:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Em análise dos tipos penais é visível que embora se mantenha o tratamento penal do usuário de drogas, as penas cominadas são similares aos crimes de menor potencial ofensivo, já em relação ao tráfico de drogas, são impostas penas duras com o mínimo legal em 5 (cinco) anos e o máximo em 15 (quinze), praticamente similares ao homicídio simples que tem penas entre 6 (seis) e 20 (vinte) anos.

Dado a disparidade entre as sanções seria razoável que a própria lei estipulasse presunções objetivas entre os dois tipos penais, dadas as similaridades dos verbos tipificados como crime (adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo). Entretanto, por opção legislativa, não foi realizada diferenciação suficiente, devendo ser observada as circunstâncias do fato, a natureza e à quantidade da substância apreendida, local e as condições em que ocorreu a

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 172.

apreensão e inclusive as circunstâncias sociais e pessoais do indivíduo, conforme estipulado no § 2º do artigo 28:

§ 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.

Ou seja, é garantida primeiramente à autoridade policial a atribuição de qual tipo penal incorreu o indivíduo flagrado com porte de drogas, posteriormente à autoridade judicial.

Neste aspecto são valiosas as lições apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes no voto do Recurso Extraordinário 635.659 sobre os problemas fáticos existentes nesta ausência de diferenciação, uma vez que a maioria dos casos levados ao judiciário diz respeito a jovens, com pequenas quantidades de substância, decorrentes de abordagens policiais na rua, nas quais estavam sozinhos:

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 traficantes⁷⁸.

Acrescenta o Ministro, os dados obtidos pela relevante pesquisa coordenada por Luciana Boiteux⁷⁹, na qual foram analisadas 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de entorpecentes no período de outubro de 2006 a maio de 2008, na qual se conclui que, nesse período:

por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a 100g). Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas⁸⁰.

Por outro lado, estas prisões em flagrante ocorridas na rua, com pouca quantidade de drogas, são em maioria de jovens e adolescentes, que possuem outra atividade remunerada e sem antecedentes criminais:

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: . Acesso em: novembro 2017. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 19.

⁷⁹ Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Revista Jurídica, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República.

⁸⁰ *Idem*, p. 20.

a pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos. Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes⁸¹.

Por fim, cabe mencionar que a regra nessas situações é a abordagem a partir de busca pessoal fruto de “atitude suspeita”, ou denúncia anônima indicando que algum indivíduo com certas características está vendendo droga na rua. Ao chegar ao local, abordam o indivíduo, que normalmente tem pequena quantidade de droga e quantia em dinheiro, e o prendem em flagrante. Geralmente jovens, pobres, sozinhos e desarmados, e além de responder o processo com privação de liberdade, são geralmente condenados a penas altas em regime inicialmente fechado:

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Observou-se, ainda, que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga. Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade⁸².

A título de exemplo desta desproporcionalidade, é imprescindível a análise da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja linha de entendimento é similar pelos Tribunais de Justiça do país inteiro. O verbete da súmula é o seguinte: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”⁸³

Assim, percebe-se que há uma inversão fática no ônus probatório decorrente dessas apreensões, pois aceita-se que exista condenação por tráfico de drogas baseada em testemunho policial, muitas vezes oriundo de denúncias anônimas e dissociadas de provas que demonstrem a mercancia ou o intuito de lucro. Assim, a distinção entre porte para consumo pessoal ou tráfico será avaliada pela autoridade

⁸¹ *Idem*, p. 20.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 19 a 21.

⁸³ <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>

judicial com base em critérios estritamente subjetivos, na ausência de uma fixação legal do quantitativo no qual se presume que exista intuito de comércio. Entretanto, conforme a média de apreensão de 66,5 gramas de droga exposta acima, e a dificuldade de acesso pelo usuário em razão da proibição, não é incomum que estes, a fim de evitar o recorrente retorno aos pontos de compra, adquiram quantidades similares, o que denota a possibilidade de injustas prisões de usuários por traficantes.

Nessa esteira, a ausência de critérios objetivos para distinção das condutas entre porte para consumo pessoal ou tráfico, dado a disparidade nas consequências das mesmas é fonte inegável de repercussões injustas no sistema penal, demonstrando e reforçando sua seletividade e comprovando a tese de que pessoas pobres e negras, apreendidas com pequenas quantidades em localidades menos abastadas da cidade são automaticamente qualificadas como traficantes, sendo condenados a penas privativas de liberdade. Já para aqueles abordados com quantidades de drogas nos bairros mais ricos das cidades é dispensado o tratamento de usuário.

Neste mesmo sentido se posiciona Luciana Boiteux:

assim, a legislação de drogas brasileira repete e reforça o grande abismo na resposta penal entre usuários e traficantes. Para estes, mesmo os de pequeno porte ou traficante-usuários, pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Em relação aos usuários de drogas, que possuem condições de comprar a droga sem traficar, houve despenalização, desde que não sejam confundidos com traficantes⁸⁴.

Em relação ao superencarceramento vivido atualmente, de acordo com Maria Lúcia Karam, desde 2005, quando os dados começaram a informar também qual a espécie do delito cometido pelos indivíduos acusados ou condenados, pode-se perceber que os encarcerados pelo delito de tráfico praticamente triplicaram: em 2005 eram 9,1% dos presos, em 2012 esse número passa para 26,9%⁸⁵. Ao percebermos que foi justamente no ano de 2006 que a nova Lei entrou em vigor, não há como não relacionarmos diretamente a problemática da mudança do texto

⁸⁴ BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECARIA, Sergio Salomão (Org.). Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 90.

⁸⁵ KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: novembro de 2017.

legal com o aumento gritante do número de encarcerados que respondem por esse delito.

Conforme Katie Arguello e Vitor Stegemann Dieter apontam, o bem jurídico tutelado pelas normas criminalizadoras da lei de drogas é a saúde pública⁸⁶, tanto em relação ao tráfico quanto consumo. Neste sentido, citam o autor Vicente Greco Filho, que afirma que “todas as condutas violam igualmente o bem jurídico protegido que é a saúde pública, colocando-a em perigo.”⁸⁷. Ainda, cabe ressaltar que segundo Greco Filho, o bem jurídico não é a saúde individual, pois a deterioração causada pela droga transcende o indivíduo colocando em risco a integridade social, e trata-se de crime abstrato⁸⁸. Em relação ao consumo, o autor afirma que a lei não pune o vício, mas pune a posse do usuário de drogas, pois este contribui para a difusão de tóxicos no corpo social⁸⁹.

Porém, embora exista consenso na literatura e jurisprudência penais que o bem jurídico tutelado é a saúde pública⁹⁰, é necessário analisar a adequação ao princípio da legalidade, a fim de verificar a correção da norma.

Segundo Katie Arguello e Vitor Dieter, em decorrência do princípio da legalidade, o Estado detem a legitimidade para dizer quais regras são racionais, assim, legitimando a própria racionalidade das normas, pois oriunda da própria legalidade. Este círculo vicioso que garante a racionalidade da norma, através da mera legalidade (ter sido produzida pelo Estado), impulsiona a doutrina, conforme Tavares, citado pelos autores, a se valer de argumentos e objetivos simbólicos, que adentram toda a produção jurídica, para legitimar as normas penais⁹¹. O processo de afastar-se da estrita legalidade, portanto, segundo os autores, resulta na necessidade de uma legitimação racional, realizada pelo intérprete mediante a racionalização da norma.

⁸⁶ ARGÜELLO, K.S.C. ; DIETER, V. S. . *Política Criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico*. XXI I Encontro Nacional do CONPEDI. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. , p. 12.

⁸⁷ FILHO, Vicente Greco *apud* ARGÜELLO, K.S.C. ; DIETER, V. S. . *Política Criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico*. XXI I Encontro Nacional do CONPEDI. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. , p. 13

⁸⁸ *Idem*, p. 13.

⁸⁹ *Idem*, p. 13.

⁹⁰ *Idem*, p. 13.

⁹¹ TAVARES, Juarez *apud* ARGÜELLO, K.S.C. ; DIETER, V. S. . *Política Criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico*. XXI I Encontro Nacional do CONPEDI. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. , p. 14.

Quanto à lei de drogas, mencionam Katie Arguello e Vitor Dieter, que a prevenção geral, enunciada pelo proibicionismo, para além da perspectiva sanitária, se assenta também em outros fundamentos⁹². Contudo, estes fundamentos encontram-se obscurecidos pela perspectiva sanitária, pois nem no plano da moralidade, nem no do controle social, nem em uma perspectiva internacionalista, encontra-se um fundamento adequado para racionalizar as sanções penais advindas da lei. Nas palavras dos autores:

o motivo parece ser que a norma penal não pode se fundamentar numa perspectiva moralista, porque tal argumento é facilmente desmontado pelo princípio da lesividade. Não se pode fundar numa perspectiva de controle social, porque um direito penal do autor é fruto de severa crítica por estar em descompasso com os valores propugnados como a democracia e a busca pela igualdade. Não se pode fundar apenas numa perspectiva internacional porque ela existe apenas como desdobramento de um fundamento anterior, maniqueísta, funda-se, então, em um bem jurídico universalmente aceito – como é o caso da saúde pública⁹³.

Ainda, desde uma perspectiva histórica, a proteção ao bem jurídico saúde pública, pautada no modelo sanitária não teve por objetivo a prevenção e tratamento de drogas, mas conforme mencionam os autores, na *colonização do saber médico por parte do Estado*, dando a ele contornos paternalista⁹⁴. Assim, acrescentam que em decorrência dessa colonização do saber médico, legitimou-se o Estado para atuar em um âmbito de intimidade e vida privada dos indivíduos, o que em um período anterior, marcado pelo forte discurso liberal e iluminista, seria inaceitável.⁹⁵

Além disso, é altamente questionável a adequação do bem jurídico tutelado com os meios utilizados para sua realização, demonstrando a ilegitimidade da lógica penal, uma vez que a utilização do sistema repressivo não produziu redução nem na comercialização tampouco no consumo de drogas. Deste modo, a conclusão apresentada pelo autor é da existência de objetivos ocultos da norma penal de drogas, pautado por uma política criminal antidemocrática, pois fundada em motivos morais e de controle de minorias:

agasalhar o Proibicionismo sob o manto do bem jurídico da saúde pública é muito conveniente, uma vez que as esferas da moral e da segurança pública – controle de minorias – não podem ser objetivos declarados da lei

⁹² ARGÜELLO, K.S.C. ; DIETER, V. S. . *Política Criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico*. XXI I Encontro Nacional do CONPEDI. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. , p. 15.

⁹³ *Idem*, p. 15.

⁹⁴ *Idem*, p. 15.

⁹⁵ *Idem*, p. 16.

proibicionista. Não é preciso lembrar que por mais reprovável moralmente que se considere uma conduta, em face do princípio da secularização, uma conduta não pode ser penalmente reprovada por motivos morais⁹⁶.

Outro aspecto fundamental no qual deve ser analisada a questão é o fato de as normas criminalizadoras tanto do porte para consumo pessoal quanto do tráfico de drogas se tratarem de normas penais em branco, ou seja, a lei se remete a uma disposição de hierarquia inferior como, por exemplo, um regulamento, portaria, instrução. No presente caso, faz-se referência a Lista F de substâncias do ANEXO I da Portaria nº 344/98 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Neste aspecto é relevante o questionamento de existência de inconstitucionalidade de ambas as normas, uma vez que há efetivamente lesão à tripartição dos poderes, pois quem diz o conteúdo da norma penal é órgão que não possui competência constitucional para tanto, uma vez que cabe ao poder legislativo produzir tipos penais que destituam o cidadão de sua liberdade. Neste sentido, Salo de Carvalho apresenta críticas à constitucionalidade desta técnica legislativa:

a constante variação nas formas de complemento das leis em branco e dos critérios jurisprudenciais e doutrinários de interpretação dos tipos penais abertos permite o diagnóstico dos malefícios destes tipos de técnicas legislativas em relação aos direitos e garantias fundamentais, indicando sua questionável constitucionalidade.⁹⁷

4 ASPECTOS FAVORÁVEIS À DESCRIMINALIZAÇÃO E REDUÇÃO DA POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS

Neste tópico, será abordado, a partir de uma visão pragmática do fracasso do uso do sistema penal como forma de controle das drogas tendo em vista o aumento da violência urbana e da inexistência de sinais de redução do tráfico ou consumo de drogas. Para tanto, será analisada as tendências adotadas pelos mais variados países ao redor do mundo que buscam e utilizam alternativas a fim de trazer uma nova abordagem para além dos mecanismos de direito penal.

⁹⁶ *Idem*, p. 16.

⁹⁷ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 188.

Salo de Carvalho, citando Miron afirma “que a análise global da política repressivista permite afirmar que a proibição diminui apenas moderadamente o consumo enquanto aumenta vertiginosamente a violência”.⁹⁸

Ainda, sustenta que no Brasil tal hipótese acerca dos efeitos da criminalização é integralmente comprovada, inclusive de forma superdimensionada haja vista as omissões nas esferas sanitária e educacional e o impacto das violências nos direitos e garantias individuais em decorrência do abuso de poder das autoridades públicas constituídas.⁹⁹

Ultrapassando as recomendações que culminaram nas legislações penais de diversos países, conforme mencionado anteriormente, a ONU atualmente, por intermédio da Comissão Global de Política sobre Drogas tem emitido relatórios que visam desestimular a política de guerra contra as drogas embasando-se no evidente fracasso, sugerindo formas alternativas para lidar com a questão. Pode-se compreender melhor o tema a partir das sugestões emitidas pelo órgão internacional:

A Comissão Global propõe cinco caminhos para aperfeiçoar o regime global de política de drogas. Após posicionar a saúde e a segurança da população no cerne da questão, urge-se que os governos garantam o acesso a medicamentos essenciais e de controle da dor. Os Comissários pedem o fim da criminalização e do encarceramento de usuários, em conjunto com estratégias de prevenção, redução de danos e tratamento direcionadas a usuários dependentes. Para reduzir os danos relacionados às drogas e minar o poder e os lucros do crime organizado, a Comissão recomenda que os governos regulamentem o mercado de drogas e adaptem as estratégias de suas forças da lei para mirar nos grupos criminosos mais violentos e destrutivos, ao invés de punir quem atua nos patamares inferiores do sistema. As propostas da Comissão Global são complementares e abrangentes, e pedem que os governos repensem a questão, façam o que pode e deve ser feito imediatamente e que não ignorem o potencial transformador da regulação responsável¹⁰⁰

No Brasil, por outro lado, iniciou-se o rompimento com as políticas proibicionistas a partir de 1992, quando o CONFEN (Conselho Federal de Entorpecentes), elaborou a Proposta para uma Política Nacional de Drogas, que tramitou no Congresso Federal enquanto projeto de Lei, centrada principalmente na ideia de prevenção das drogas lícitas ou ilícitas em diversos níveis a partir da constatação de que o uso e abuso de determinadas substâncias faz parte da vida

⁹⁸ *Idem.* p 221.

⁹⁹ *Idem.* p. 221.

¹⁰⁰ Comissão Global de Política Sobre Drogas. Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam, 2014. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 18 de junho de 2016.

em sociedade, portanto, devendo ser adotada uma perspectiva de prevenção integral ao abuso de todos os tipos de substâncias psicotrópicas.

Portanto, o projeto estruturava-se a partir de três premissas que deslocavam o foco eminentemente penal:

“a) a centralidade dos projetos preventivos deveria ser a pessoa humana, ao contrário da perspectiva repressivista na qual o objeto é a substância; b) as políticas públicas deveriam abranger todas as drogas psicoativas (lícitas e ilícitas); e c) o uso de drogas é variável constante na história da humanidade e a relação do homem com ações e substâncias psicoativas decorre de múltiplas motivações.¹⁰¹”

Uma vez que relaciona a ligação entre homens e substâncias psicoativas como fenômeno complexo e plural, dependente da relação entre o homem e seu ambiente plural de convivência, afasta concepções que apenas reforçam projetos morais, e devolvem ao ser humano a centralidade das políticas de prevenção.

Denotando o abandono a base ideológica do modelo punitivo-sanitarista, o Programa de Prevenção Integral atuaria em três momentos distintos:

estratégias de prevenção primária intentariam impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga, antecipando-se à experimentação, através de planos de esclarecimento nos grupos familiares, nas escolas e no ambiente profissional do usuário em potencial (jovem). A prevenção secundária teria a finalidade de reduzir os danos decorrentes do uso, para, em caso de derivar dependência (prevenção terciária), propor alternativas de tratamento ao dependente.¹⁰²

Neste aspecto, embora não tenha sido convertida em lei, a inovação da proposta apresentada pelo CONFEN é a inexistência de qualquer atuação punitiva em relação ao uso de entorpecentes enquanto estivesse limitado à vida privada (consumo doméstico), através da proibição do consumo apenas em locais públicos, o projeto determinava apreensão da droga, e não do usuário, bem como previsão de sanções administrativas em caso de reincidência ou utilização ocorrerem em veículo terrestre, quando a infração ocorrer em ocasião da condução do mesmo.

Assim, pode-se se observar que as alternativas recomendadas pela ONU e pelo CONFEN se direcionam nos seguintes sentidos: políticas de redução de danos; a descriminalização do usuário e a legalização das drogas.

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 222.

¹⁰² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 233.

4.1 POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

Quanto à política de redução de danos, primeiramente observa-se que compreender o fenômeno do uso e abuso de drogas a partir desse prisma significa mitigar a intervenção penal e fortalecer o viés da política de saúde pública.

Conforme Marcelo Santos Cruz, em artigo “A redução de danos no cuidado ao usuário de drogas”, pode-se compreender as políticas de redução de danos como alternativas ao proibicionismo ao ter por foco principal a saúde do indivíduo:

As práticas de redução de danos, surgidas como uma alternativa para as estratégias proibicionistas do tipo “guerra às drogas”, baseiam-se em princípios de pragmatismo, tolerância e compreensão da diversidade. São pragmáticas porque compreendem que é necessário oferecer serviços de saúde a todas as pessoas que têm problemas com álcool e outras drogas, incluindo aquelas que continuam usando após tratamento, visando principalmente à preservação da vida.¹⁰³

Segundo a Comissão Global de Políticas sobre Drogas da ONU são exemplos internacionais de política de redução de danos às experiências de países como Portugal, Alemanha, Suíça e Dinamarca nos quais foram tomadas ações que buscam minimizar riscos e danos provocados pelo uso de drogas, como por exemplo, através de “programas de troca de agulhas e seringas, terapias de substituição com opioides, tratamentos assistidos com heroína e locais para consumo de drogas supervisionado”¹⁰⁴.

Por outro lado, Letícia Vier Machado e Maria Lúcia Boarin indicam a necessidade das políticas de redução de danos serem pautadas no respeito à liberdade individual, inclusive quando o sujeito não tem intenção de reduzir o consumo, tendo por foco a promoção da saúde:

Nesses termos, a estratégia de redução de danos pode ser definida como mais uma maneira de se abordar o usuário de drogas, descentrando o foco do problema da erradicação e da abstinência e privilegiando o direito à saúde de todos e o respeito à liberdade individual daquele que não deseja ou não consegue interromper o uso da droga¹⁰⁵.

¹⁰³ SANTOS CRUZ, Marcelo. A redução de danos no cuidado ao usuário de drogas. Disponível em <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094500-001.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

¹⁰⁴ Comissão Global de Política Sobre Drogas. Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam, 2014. Disponível em: . Acesso em: 18 de junho de 2016.

¹⁰⁵ MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 33, n. 3, p. 580-595, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006&lng=en&nrm=iso, acesso em 26 Nov. 2017.

Entretanto, conforme afirma Salo de Carvalho, a aplicação prática das políticas de redução de danos redução de danos mais se aproxime das alternativas descriminalizadoras do uso pessoal de drogas, é necessária superação da visão higienista, na qual enxerga-se o consumidor de drogas enquanto objeto de intervenção, devendo ser respeitada sua alteridade e autonomia como sujeito com capacidade de diálogo, para a minimização dos efeitos danosos gerados pelo uso de drogas, pautados no consentimento:

em pólo oposto à coercitibilidade e ao ideal de pureza, que reproduzem no âmbito da saúde pública a perversa lógica punitiva, os programas alternativos são pautados por premissas de consentimento e de voluntariedade.¹⁰⁶

4.2 DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E CONSUMO PESSOAL DE DROGAS

Primeiramente, necessário apontar os diferentes conceitos relacionados à descriminalização do porte e consumo pessoal de substâncias reputadas ilícitas. Atualmente, introduzido pelo artigo 28 da lei 11.343/06 vige no país a “despenalização” em relação ao porte e consumo, ou seja, embora não seja prevista pena privativa de liberdade, as condutas tipificadas pelo artigo continuam a serem consideradas crimes, sendo objeto de penas similares as de crimes de menor potencial ofensivo. Por outro lado “descriminalização” é a abolição do caráter criminoso de uma conduta anteriormente categorizada como crime¹⁰⁷, assim, inexistiriam repercussões na seara penal em relação às condutas tipificadas, não obstante sendo possível a existência de sanções ou medidas administrativas.

A título de exemplo, segundo o relatório apresentado pela Comissão de Drogas da ONU, Portugal desde 2001 aboliu as sanções criminais do porte e uso pessoal de todas as drogas – embora sejam mantidas repercussões administrativas como comparecimento em comissões de desestímulo ao consumo de substâncias ilícitas, bem como multas administrativas¹⁰⁸. Na América Latina, diversos países como Uruguai e Argentina optaram pela inexistência de punição penal do consumo de drogas.

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 282.

¹⁰⁷ CERVININI, Raul. Los Procesos de Descriminalización. 2. ed. Montevideo: Universidad, 1993. pág.33.

¹⁰⁸ MARTINS, Vera Lúcia. A política de descriminalização de drogas em Portugal. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 114, p. 332-346, June 2013. P. 337

No Brasil, como se verá adiante, principalmente no julgamento realizado pelo STF, há atualmente manutenção de sanções criminais em relação a estas condutas. Segundo Salo de Carvalho, ao demonstrar propostas com enfoques distintos ao da lógica bélica e sanitarista nas políticas criminais relativas às drogas no Brasil, esta opção legislativa consolidada com a lei 11.343/06 decorre da opção por “modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem os interesses do Príncipe aos princípios (e garantias fundamentais), ou seja, a razão de Estado à razão de direito”.¹⁰⁹

Quanto à inconsistência dogmática, afloram na literatura jurídico-penal críticas quanto à violação aos postulados da secularização do direito e aos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada. Primeiramente, pois somente devem ser objeto de tutela penal condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Dessa maneira:

exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bens alheios, condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais entre outras).¹¹⁰

Nesta seara, afirma que o principal postulado do direito penal moderno, que funda os modelos de direito penal do fato, é a radical separação entre direito e moral, determinando que a pena não possa servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamentos.¹¹¹

Quanto ao consumo de substâncias entorpecentes, a inexistência de dano à terceiro é suficiente para demonstrar a incongruência da proteção penal: “a previsibilidade de condutas autolesivas e que não violam terceiros (crimes sem vítima) como delito desqualificam qualquer justificativa incriminadora razoável”.¹¹²

Entretanto, em decorrência de manipulações no campo do discurso apoiadas em concepções ideológicas, defende-se a criminalização como mecanismo de tutela do bem jurídico, saúde pública. Entretanto, Maria Lúcia Karam demonstra a incongruência dos objetivos com a proteção veiculada pelo tipo penal uma vez que quem possui droga para uso próprio, devido a ausência de expansibilidade do perigo, não ofende a saúde pública:

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 225.

¹¹⁰ *Idem.* p. 226.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 226

¹¹² *Idem.* p. 226.

é evidente que na conduta de uma pessoa que, destinando-se a seu uso próprio, adquire ou tem a posse de uma substância que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo.¹¹³

O magistério de Maria Lucia Karam tem principal relevância em relação à inadequação da criminalização com os preceitos democráticos elencados pela constituição federal uma vez que a criminalização da posse para uso pessoal fere diretamente o princípio da lesividade e às normas que asseguram a liberdade individual e o respeito à vida privada, fundamentos do Estado de direito democrático, que enuncia a liberdade individual como regra geral, somente podendo ser limitada à garantia do livre exercício de direitos de terceiros.¹¹⁴

Para a autora, o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada dos indivíduos em uma democracia, sendo, portanto inadequadas à imposição de qualquer espécie de pena, sanções administrativas ou tratamento médico obrigatório, nem qualquer outra restrição à liberdade do indivíduo. Enquanto não afete concreta, direta e imediatamente direitos de terceiros, o indivíduo pode agir como bem entender. Acrescenta, tecendo críticas a lei de drogas:

assim, ao contrário do que muitos querem fazer crer, a nova Lei 11.343/2006 não traz nenhum avanço nesse campo do consumo. Uma lei que repete violações a princípios e normas consagrados nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, como a Constituição Federal brasileira, jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma lei que assim nega direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista “política do possível”.¹¹⁵

4.3 LEGALIZAÇÃO DO COMÉRCIO E PRODUÇÃO DAS DROGAS

Por fim, o último vértice das tendências atuais de política de drogas refere-se à legalização da produção e comércio das substâncias anteriormente consideradas como ilícitas.

No panorâma global, seria seguir as tendências inauguradas pelos diversos países como Holanda, Uruguai e diversos estados norte-americanos, notadamente o Colorado.

¹¹³KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em novembro de 2017.

¹¹⁴ *Idem.* p 20.

¹¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em novembro de 2017.

As principais premissas deste fenômeno pautam-se na compreensão de que as consequências das políticas de drogas pautadas na repressão são muito mais nefastas que os benefícios: superencarceramento das populações jovens e negras dos segmentos mais vulneráveis da sociedade, violência urbana decorrente do poder do tráfico organizado, aumento do consumo de drogas em decorrência da impossibilidade de debate informativo e esclarecido acerca dos efeitos do consumo de substâncias psicoativas. Com base nestas premissas, Maria Lucia Karam se manifesta sobre os efeitos nefastos da manutenção das políticas proibicionistas:

É preciso promover uma profunda reforma das convenções internacionais e das legislações internas, como a lei brasileira 11343/2006, para pôr fim à ilegítima, irracional, nociva e sanguinária política proibicionista de 'guerra às drogas', que, além de não funcionar em sua inviável pretensão de salvar as pessoas de si mesmas, produz demasiada violência, demasiadas mortes, demasiadas prisões, demasiadas doenças, demasiada corrupção, demasiadas discriminações, demasiada opressão, demasiadas violações a direitos humanos fundamentais.¹¹⁶

Acrescenta a ilustre autora, as reais implicações da legalização do comércio e produção das drogas, uma vez que a legalização não se traduz em permissividade ou liberação, mas sim em regular e controlar. Desse modo, demonstra que para além da retórica, atualmente existe um mercado ilegal desregulado e descontrolado, no qual inexistem a menor fiscalização quanto à qualidade, pureza, pagamento de imposto, obediência às legislações trabalhistas. Assim, para a Autora, a legalização implica o fim do tráfico, reduzindo as mazelas sociais e a violência decorrente da ilegalidade das drogas.¹¹⁷

legalizar não significa permissividade ou liberação. Ao contrário. Legalizar significa regular e controlar, o que hoje não acontece, pois um mercado ilegal é necessariamente desregulado e descontrolado. Aliás, poder-se-ia mesmo dizer que 'liberado' é exatamente esse mercado que floresce na ilegalidade imposta pela proibição: ao contrário do que acontece em um mercado legalizado, os chamados 'traficantes' não estão submetidos a qualquer controle ou fiscalização sobre a qualidade dos produtos que fornecem; para obter maiores lucros, podem misturar a droga produzida e comercializada a outras substâncias ainda mais nocivas; não precisam informar qual o potencial tóxico da droga produzida e comercializada; não precisam fazer qualquer esclarecimento ou advertência aos consumidores sobre os riscos de seus produtos; estabelecem preços livremente; não pagam quaisquer impostos; não estão sujeitos a legislações trabalhistas, podendo empregar, como de fato empregam, até mesmo crianças em suas atividades de produção e comércio; vendem seus produtos onde quer que estejam consumidores; não precisam controlar a idade dos compradores.

¹¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. O esgotamento da política de drogas. 16 p. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/05/O-esgotamento-da-politica-de-drogas-MPMG.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

¹¹⁷ Idem. p 13.

Legalizar significa pôr fim ao 'tráfico', afastando do mercado esses descontrolados e 'liberados' agentes.¹¹⁸

A superação das políticas proibicionistas, inicialmente deve partir da supressão das legislações internas dos países que não se adequem à proteção e garantia dos direitos fundamentais. Em seguida é necessária a efetiva legalização da produção, da distribuição e do consumo de todas as drogas e matérias-primas necessárias para a sua produção. A regulamentação destas atividades por parte do Estado deverá ocorrer de maneira semelhante ao que hoje ocorre com as drogas lícitas como álcool e tabaco, sem interferência do sistema penal:

é preciso efetivamente legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, regulando-se tais atividades com a instituição de formas de controle racionais, verdadeiramente compromissadas com a promoção da saúde, respeitosas da dignidade e do bem-estar de todos os indivíduos, livres da danosa intervenção do sistema penal.¹¹⁹

Conforme menciona a autora, a manutenção da proibição conforme a lei brasileira, criminalizadora da produção, do comércio e do consumo das drogas tornadas ilícitas, já demonstra que os riscos e danos relacionados a tais substâncias não provêm delas mesmas. Adverte que os riscos e danos são oriundos do proibicionismo, pois a expansão do poder punitivo estatal resultou em superpovoamento das prisões, negação de direitos fundamentais e da própria democracia¹²⁰.

Neste sentido, menciona a autora os principais riscos da manutenção das legislações penais de drogas no estado em que se encontram atualmente, pois apresentam grave risco à democracia, uma vez que dentro das estruturas formais do Estado de direito, vai se consolidando um Estado policial em seu interior, no qual paulatinamente vão sendo negadas a superioridade e a efetividade dos direitos fundamentais, de modo que “no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracias e Estados totalitários vá se tornando sempre mais tênue”.¹²¹

¹¹⁸ Idem. p 14.

¹¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em novembro de 2017.

¹²⁰ Idem. p 18.

¹²¹ KARAM, Maria Lúcia. O esgotamento da política de drogas. 16 p. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/05/O-esgotamento-da-politica-de-drogas-MPMG.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

Por outro lado, embora enuncie a proteção da saúde individual e coletiva como principal argumento para a manutenção da criminalização, o proibicionismo das drogas é o que apresenta maior risco efetivo à saúde pública, pois esta, conforme a autora:

é afetada por esta mesma criminalização, que impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo, impõe obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e a assistência, cria a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, incentivando o consumo descuidado ou anti-higiênico propagador de doenças como a AIDS e a hepatite.¹²²

Ainda, para além dos danos à democracia e à saúde pública, a promoção da violência em decorrência da proibição é fenômeno visível e de fácil percepção na realidade latino-americana em decorrência do fortalecimento do poder do tráfico, aduzindo a autora que mediante a intervenção do sistema penal sobre as condutas de produtores das substâncias e matérias primas proibidas, é o Estado que cria e fomenta a violência. Assim, a violência não seria decorrente da existência das drogas, mas sim do fato do mercado ser ilegal.¹²³

Neste sentido, conclui que os malefícios advindos da manutenção da proibição suplantam claramente os benefícios enunciados pela política criminal de drogas atual:

A legalização efetivamente não conduzirá ao caos. Ao contrário, permitirá a introdução de uma regulamentação e de um controle legais, assim substituindo a danosa e dolorosa intervenção do sistema penal que, na realidade, conduz a uma total ausência de controle sobre o mercado tornado ilegal. Um dos maiores paradoxos do proibicionismo criminalizador está no fato de que a ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado, entregue a agentes que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a quaisquer limitações reguladoras de suas atividades.¹²⁴

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

Com base nos conceitos apresentados previamente, será analisado o RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 635.659, que teve seu voto inicial proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no plenário do Supremo Tribunal Federal em 20/08/2015.

¹²² KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em novembro de 2017.

¹²³ KARAM, Maria Lúcia. O esgotamento da política de drogas. 16 p. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/05/O-esgotamento-da-politica-de-drogas-MPMG.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

¹²⁴ KARAM, Maria Lúcia. O esgotamento da política de drogas. 16 p. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/05/O-esgotamento-da-politica-de-drogas-MPMG.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

Trata-se de repercussão geral dada a recurso interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo no qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (11.343/2006)¹²⁵

O requerente alega que a classificação como crime do porte de drogas para uso próprio viola o direito individual à intimidade e à vida privada previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, bem como o princípio da lesividade. Neste sentido, é apresentado no corpo do Recurso que o uso próprio de entorpecentes não afronta a denominada “saúde pública”, que é o objeto jurídico do delito de tráfico de drogas.

Na origem, trata-se de condenação de homem recolhido ao sistema prisional, após apreensão por agentes carcerários de 3 (três) gramas de maconha reputadas ao consumo próprio, à pena de 02 meses de prestação de serviços a comunidade como incurso no art. 28, caput, da Lei nº 11343/2006. Após recurso de apelação conhecido, mas não provido pelo Tribunal de Justiça, o requerente apresentou recurso especial e extraordinário com intuito de reforma da decisão, com base no entendimento que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

A tese da acusação, aventada pela Procuradoria-Geral da República é de que no caso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.

O parquet sustenta a tese adotada pela Juíza singular que o consumo de drogas pelo indivíduo representa perigo social, pois o aproxima da toxicomania, bem como da possibilidade do tráfico. Portanto, sustentam a tese de que embora o legislador abrandou as penas, a conduta de porte de entorpecentes para consumo

¹²⁵ 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.

próprio continua sendo crime, de modo a inexistir inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

Até o momento da elaboração do presente trabalho o julgamento do presente recurso encontra-se suspenso após a votação dos Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso, pois houve pedido de vista do então ministro Teori Zavascki, sendo que seu sucessor, Alexandre de Moraes não liberou até o momento seu voto para o prosseguimento da sessão. Entretanto, é possível com base no voto dos três ministros até o presente momento realizar análise acerca da constitucionalidade do dispositivo segundo os diferentes prismas adotados pelos julgadores.

5.1 VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

Primeiramente, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes inicia-se tecendo considerações acerca da possibilidade de controle constitucional de normas penais sob o prisma da proporcionalidade, ou seja, através da análise de excesso no exercício do poder legiferante manifestações de incongruência, contrariedade, ou irrazoabilidade entre os fins desejados e os meios utilizados para obtê-los, de modo a garantir a adequação dos dispositivos penais frente a seus objetivos. Neste sentido, se manifesta:

com isso, abre-se a possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal. Nesse campo, o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar¹²⁶.

Em seguida, analisa os chamados crimes de perigo abstrato, como o crime de posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que se reputa a violação ao bem jurídico saúde pública de titularidade, portanto, não individual. Nestes crimes, não é necessária nem lesão efetiva ao bem jurídico protegido tampouco perigo concreto ao mesmo (até porque não sendo bens jurídicos de titularidade do indivíduo, torna-se impossível mensurar a violação). Portanto, o legislador seleciona condutas que

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em novembro de 2017. p. 6.

considera danosas ao bem jurídico que entende proteger, através de uma presunção absoluta, criminalizando estas condutas independente de resultado específico. Assim sendo, o delito estará consumado com a mera conduta descrita na lei penal. Entretanto, salienta que embora não sejam inconstitucionais a priori todos os crimes de mera conduta, estes devem ser rigorosamente analisados sobre a ótica da proporcionalidade.

Partindo destas premissas analisa a tipificação do artigo 28 sobre a posse para consumo de drogas, considerando que embora o legislador tenha removido as penas privativas de liberdade, foi mantida a existência de sanções penais de menor potencial ofensivo, ou seja, na terminologia antes exposta ocorreu somente a “despenalização”.

Retoma o Ministro que a própria lei enuncia seus objetivos principais em relação a usuários e dependentes, pautados na promoção da saúde do indivíduo bem como sua reinserção social, assim estruturados na Lei 11.383/2006:

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.

Entretanto, relaciona que embora a lei enuncie seu caráter preventivo, a manutenção de sanções de âmbito penal não é adequada aos fins almejados. Concluiu o eminente Relator que o consumo pessoal de droga não pode ser tratado, à luz do princípio da proporcionalidade, como política de criminalização:

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.¹²⁷

¹²⁷ *Idem.* p. 18.

Em relação à ofensa ao bem jurídico saúde pública, afastou a existência do mesmo, haja vista o entendimento que a conduta causaria apenas danos à própria pessoa que faz uso do entorpecente. Nesse ponto, ainda destaca-se que não há expansibilidade do perigo abstrato à saúde. Por outro lado, embora não negue que o consumo de drogas acarreta em riscos à saúde do indivíduo, demonstra que a utilização de mecanismos da seara penal não produz os resultados mais acertados, uma vez que afasta ainda mais o indivíduo da possibilidade de buscar tratamento médico:

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.¹²⁸

Enquanto fundamento, relaciona o direito constitucional à vida privada, intimidade e desenvolvimento da personalidade individual, com a inadequação da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal:

assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.¹²⁹

Por fim, sustenta enquanto alternativa a criminalização, retomando a necessidade de distinção por critérios objetivos em relação à quantidade e natureza da substância entre usuário e traficantes a adoção de medidas de caráter administrativo:

tendo em conta os resultados retratados na pesquisa sobre práticas integrativas, há pouco noticiada, afigura-se que a aplicação, no que couber, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica¹³⁰.

Assim, na parte dispositiva o Ministro dá provimento ao recurso para:

1 – Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o

¹²⁸ *Idem.* p. 39.

¹²⁹ *Idem.* p. 40.

¹³⁰ *Idem.* p. 50.

advento de legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa;

Portanto, pode-se concluir a partir da fundamentação exposta pelo Relator que o art. 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional na parte que criminaliza a conduta, pois incompatível com a Constituição, em relação a todas as drogas.

5.2 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

Em seguida, parte-se para análise do voto do Ministro Edson Fachin¹³¹. Desde o início da fundamentação o eminente ministro afirma que por tratar-se o caso específico que deu razão ao recurso ser o porte de maconha, que seu voto terá como limite a análise da constitucionalidade da criminalização apenas desta substância.

Enquanto fundamentação, o Ministro cita a doutrina de Carlos Santiago Nino que sistematiza em três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade. O primeiro argumento sustenta que a mera autodegradação moral que o consumo de drogas implica, constitui independente de qualquer consideração acerca de danos físicos, psíquicos, individuais ou sociais que a conduta incorra, são suficientes para a proibição do consumo, devendo-se induzir os seres humanos a adotar modelos de conduta digna. Quanto ao segundo argumento, sustenta-se que é legítimo o Estado buscar desestimular o consumo de substâncias ilícitas através de sanções penais, a fim de proteger os consumidores em potencial. Por fim, o terceiro argumento de defesa da sociedade no qual se alega que a punição do consumo de drogas, ou do porte para consumo, justificam-se enquanto protegem os demais indivíduos, e a sociedade em conjunto, contra as consequências nocivas que o consumo destas substâncias por alguns indivíduos podem produzir na sociedade.¹³²

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017. Voto do Ministro Edson Fachin.

¹³² NINO, Carlos. Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades. Imprenta: Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014. p. 58-59.

Entretanto, segundo o Ministro, tais concepções não atingem adequadamente as finalidades propostas, pois:

criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue (correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz) e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar.¹³³

Discorre sobre a necessidade de constitucionalização do direito penal, processo ainda incipiente no país, segundo o qual as normais criminalizadoras devem ser analisadas sob o prisma da dignidade da pessoa humana, de modo a rechaçar tutela penal que atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros. Neste sentido, a criminalização do porte e consumo de maconha não subsiste sob uma análise constitucional do direito:

Já neste ponto é possível antever que a incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.¹³⁴

Entretanto, o Ministro reconhece que descriminalizar a conduta de possuir e consumir a maconha sem permitir uma fonte legal de acesso à substância apresenta uma incongruência, o que provavelmente acarretará na continuidade de utilização do tráfico como forma de obtenção, porém, defende que embora persista essa lacuna, não é tema a ser objeto de decisão do judiciário, devendo ser endereçado pelo poder legislativo:

dessa forma, sendo injurídico o uso e porte para consumo da droga objeto do presente recurso (maconha), o enfrentamento do tráfico mira, por conseguinte, ato porvindouro, ou seja, a devida regulamentação legislativa. Separar mercados contribui para a redução de danos, daí a valoração específica sobre a droga do caso concreto, diferenciando, a partir dele, o

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017. p 5.

¹³⁴ *Idem*. p. 7.

que Canaris oferta para distinguir, no pensamento sistemático, as tarefas da legiferação e as da jurisprudência.¹³⁵

Tampouco em relação a uma distinção objetiva entre as quantidades sob a posse do indivíduo para configurar tráfico ou uso:

também não parece inserir-se na atribuição do Poder Judiciário, entretanto, a definição desses parâmetros. Se o legislador já editou lei para tipificar como crime o tráfico de drogas, compete ao Poder Legislativo o exercício de suas atribuições, no qual defina, assim, os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que devem ser levados em conta para diferenciação, a priori, entre uso e tráfico de drogas.¹³⁶

Em conclusão, votará pelo parcial provimento do recurso, iniciando parcial divergência em relação ao relator por restringir a interpretação somente em relação à substância maconha:

diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos, para: (i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; (ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;

5.3 VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Em relação ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso¹³⁷, este inicia afirmando partir de razões tanto pragmáticas quanto jurídicas para realizar a análise. Entretanto, acompanha a interpretação dada pelo Ministro Edson Fachin de que uma vez que o recurso tem por objeto a análise em relação a maconha, somente quanto a esta substância deve ser feito o controle de constitucionalidade.

Inicia as razões pragmáticas sob a ótica que o proibicionismo e a guerra às drogas não produziram os resultados enunciados:

a guerra às drogas fracassou. Desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de

¹³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017. p. 17

¹³⁶ *Idem*. p. 17.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoesministro-barroso-voto.pdf>> . Acesso em novembro de 2017. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 1.

drogas ilícitas, assim como ao consumo. Tal visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo.¹³⁸

Em seguida, afirma que a questão das drogas no Brasil deve ser avaliada sob uma perspectiva local, ou seja, não se pode importar soluções externas para problemas internos, uma vez que a realidade social da droga no país é completamente distinta de países de primeiro mundo, salientando que no Brasil o maior problema advém da existência do poder tráfico de drogas organizado:

entre nós, o maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. E este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece. A consequência é uma tragédia moral brasileira: a de impedir as famílias pobres de criarem os seus filhos em um ambiente de honestidade.¹³⁹

Assim, segundo o Ministro é necessário neutralizar o poder do tráfico, e para tanto só é possível acabando com a ilegalidade das drogas, regulando produção e distribuição. Outro aspecto, segundo o Ministro, é necessário impedir que os processos de criminalização resultem em encarceramento das pessoas das camadas sociais mais vulneráveis, pois atualmente ocorre em maioria a prisão de jovens pobres e negros, uma vez que ausente distinção objetiva entre usuário e traficante, tem-se a consequência prática de que pessoas mais ricas flagradas com pequenas quantidades de droga sejam qualificadas como usuários, enquanto mais pobres como traficantes:

a segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.¹⁴⁰

Ainda, uma vez que se insere na esfera de liberdade do indivíduo a decisão de consumir drogas, é necessária por parte do Estado a proteção do consumidor, evitando atitudes que coloquem a escolha pessoal em situação de maior risco:

por fim, como terceira prioridade, vem o consumidor. O consumidor não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita

¹³⁸ Idem. p. 2

¹³⁹ Idem. p. 4

¹⁴⁰ Idem. p. 5.

deliberadamente a um comportamento de risco. Risco da sua escolha e do qual se torna a principal vítima. Mas o risco por si só não é fundamento para a criminalização, ou teríamos que banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino.¹⁴¹

Acrescenta o Ministro em relação às razões pragmáticas os seguintes fatos: o total fracasso das políticas atuais de drogas, que viram durante a sua vigência somente o aumento da violência e do consumo. A compreensão de que manter o proibicionismo incorre em alto custo para a sociedade, uma vez que houve aumento significativo do número de pessoas encarceradas, bem como crescente militarização da polícia.

Além disso, embora a política criminal atual enuncie a proteção da saúde coletiva como principal fundamento, esta é relegada em segundo plano em relação às políticas de segurança pública, demonstrando inadequação entre o discurso e a prática:

a política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde. E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos.¹⁴²

Dessa maneira, conclui que a descriminalização do consumo é a melhor alternativa, uma vez que os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios.

Enquanto fundamentos jurídicos enuncia que a manutenção da criminalização do porte e consumo resulta em violação da Constituição Federal em pelo menos três aspectos: i) violação ao direito de privacidade; ii) violação à autonomia individual; iii) violação ao princípio da proporcionalidade.

Em consequência – e aqui resulta o ponto de maior qualidade do voto do eminente ministro – é que embora reconheça ser matéria de natureza originária do legislativo, em razão da mora do legislador em promover distinção objetiva entre as quantidades relativas a consumo ou traficância, uma vez que a lei atual determina que a autoridade policial e judiciária, com base nas circunstâncias, é quem decide:

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

¹⁴¹ Idem. p. 7.

¹⁴² Idem. p. 16.

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.¹⁴³

Para tanto, sugere o eminente ministro que seja fixado como parâmetro mínimo à quantidade de 25 gramas de maconha para a distinção objetiva entre usuário e traficante. Entretanto, afirma tratar-se de presunção que pode ser afastada pelo juiz à luz dos elementos do caso concreto, ou seja, pode-se considerar indivíduo com quantidades maiores como usuário, e também o contrário, com menores quantidades que 25 gramas, porém pautado em outros indícios de traficância, como traficante:

Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado.¹⁴⁴

Em relação à necessidade de existência de uma fonte de acesso à maconha que não esteja relacionada ao tráfico, o Ministro promove nova leitura do parágrafo primeiro do artigo 28145 para que seja permitido o cultivo de até 6 plantas fêmeas de maconha por pessoa.

Portanto, o ministro votou pelo provimento do recurso nos seguintes termos:

é inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese e um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.

5.4 ANÁLISE DOS VOTOS DO RE 635.659/SP

Depreende-se da análise dos votos apresentados pelos Ministros que as razões pela descriminalização do porte e consumo pessoal de determinadas substâncias encontra-se aparada pela Constituição na proteção das liberdades

¹⁴³ Idem. p 13.

¹⁴⁴ Idem. p. 13.

individuais, intimidade e vida privada dos indivíduos, não devendo ser uma ação sob a tutela do Estado.

Ainda, das razões expostas pelos três ministros podem-se encontrar diversos fundamentos arraigados nas questões pragmáticas do fracasso do enfrentamento da questão das drogas sob o viés da repressão e da punição penal.

Neste aspecto, considera-se mais acertada a solução apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, uma vez que das razões da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas frente à proteção da intimidade e da vida privada dos indivíduos, argumento ao fim utilizado pelos três ministros, logicamente depreende-se que isto deve ocorrer para todas as substâncias ilícitas.

A distinção objetiva criada pelos Ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso de decidir enfrentar a questão relativamente somente à maconha, embora compreensível sob o prisma de que é um tema complexo e permeado por diversos discursos socialmente distintos, o Supremo Tribunal deveria conter-se por hora na análise das demais drogas. Entretanto, sob o ponto de vista prático, a maconha é socialmente mais aceita que outras drogas, de modo que a decisão relega indivíduos mais vulneráveis, como os que utilizam crack ou outras substâncias consideradas mais pesadas, por exemplo, a manutenção como objetos da tutela penal.

Por outro lado, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, embora enunciem que a ausência de distinção objetiva entre usuários e traficantes pela lei penal seja causa da seletividade na aplicação da lei, compreendem que o tema é afeto do legislativo, devendo ser por ele criado parâmetros para a distinção. Entretanto, neste aspecto, a decisão do Ministro Luis Roberto Barroso encontra-se em melhor consonância com a realidade prática, uma vez que ausente o interesse do poder legislativo de enfrentar a questão, não pode o judiciário afastar-se de promover uma solução ao problema ainda que a título precário, podendo posteriormente ser revista pelo congresso nacional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objeto promover uma análise crítica do atual estado da política criminal brasileira referente ao tema das drogas ilícitas.

Para tanto, foi percorrido o caminho histórico do discurso do proibicionismo, ou seja, da ideia de que a forma ideal de atuação do estado para o fenômeno das drogas deve ser pautada pela repressão à produção, comércio e consumo destas substâncias. Entretanto, com base em diversos autores foram apontado às inúmeras incongruências desta abordagem, uma vez que produz resultados muito diversos dos enunciados, como o superencarceramento, a violência urbana decorrente do poder do tráfico organizado, bem como o sistemático desrespeito a direitos e liberdades individuais como no caso da criminalização do consumo.

Embora a atual lei de drogas 11.343/2006 enuncie em seus objetivos o tratamento dualista da questão – pelo viés repressivo da produção, e pelo viés preventivo em relação aos consumidores dependentes de droga, ao analisar mais a fundo o tema percebe-se que o viés repressivo continua sendo a principal forma de atuação do Estado brasileiro no tema, uma vez que se mantém a criminalização do usuário de drogas.

Foram apresentadas as tendências mais recentes em relação ao tema, as quais sugerem que o complexo tema das drogas deve ser urgentemente pautado segundo políticas de redução de danos, descriminalização das condutas de porte e consumo pessoal de drogas, bem como a legalização da produção e comércio das drogas, de modo a mitigar as consequências sociais da guerra às drogas.

Entretanto, embora o tema das drogas continue sendo relegado a segundo plano na política nacional, com base no julgamento do recurso extraordinário 653.359/SP pelo Supremo Tribunal Federal pode-se observar a aplicação de conceitos técnico-científicos no tema, indicando possíveis avanços em relação à criminalização dos indivíduos que consomem drogas em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. O fenômeno das drogas como problema de política criminal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 56, p. 1-16-16, 2013.

ARGÜELLO, K.S.C. ; DIETER, V. S. . Política Criminal das drogas: o proibicionismo e seu bem jurídico. XXI I Encontro Nacional do CONPEDI. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. , p. 118-140.

BARROS, André; PERRES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. *REVISTA PERIFERIA*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-20, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/issue/view/285>>. Acesso em: 15 nov. 2017

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In.: *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. V. 5/6. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Santa Fe de Bogotá (Colombia). p.8.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECARIA, Sergio Salomão (Org.). *Drogas uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 90.

BRASIL. Secretaria Nacional de Drogas. PESQUISAS SOBRE O CONSUMO DE DROGAS NO BRASIL. Disponível em <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094329-001.pdf> p. 9. Acesso em novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017. Voto do Ministro Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoesministro-barroso-voto.pdf>> . Acesso em novembro de 2017. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.ed. ampl., atualizada e com comentários r Lei 11.343/06. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2007. 311 p. Inclui referencia bibliograficas. ISBN 97837500521

CERVININI, Raul. Los Procesos de Descriminalización. 2. ed. Montevidéo: Universidad, 1993.

Comissão Global de Política Sobre Drogas. Sob Controle: Caminhos para Políticas de Drogas que Funcionam, 2014. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em: 18 de junho de 2016.

KARAM, Maria Lúcia. O esgotamento da política de drogas. 16 p. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/05/O-esgotamento-da-politica-de-drogas-MPMG.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em novembro de 2017.

NINO, Carlos. Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades. Imprenta: Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

MARTINS, Vera Lúcia. A política de descriminalização de drogas em Portugal. Serv. Soc. Soc., São Paulo , n. 114, p. 332-346, June 2013.

OLMO, Rosa del. La cara oculta de la droga. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Editorial Temis S.A, 1998. 88 p.

SANTOS CRUZ, Marcelo. A redução de danos no cuidado ao usuário de drogas. Disponível em <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094500-001.pdf>. Acesso em novembro de 2017.