

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

HELENA JACOB BOIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
CONTROLE SOCIAL À PROPÓSITO DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL NA PERSPECTIVA DA
AUTODETERMINAÇÃO DO SER HUMANO**

SÃO PAULO

2023



PUC-SP PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

HELENA JACOB BOIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
CONTROLE SOCIAL À PROPÓSITO DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL NA PERSPECTIVA DA
AUTODETERMINAÇÃO DO SER HUMANO**

Monografia apresentada ao curso de bacharelado em
Direito na Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo como requisito para obtenção do título de
bacharel, orientado pelo professor Alexandre Rocha
Almeida de Moraes.

SÃO PAULO

2023

HELENA JACOB BOIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
CONTROLE SOCIAL À PROPÓSITO DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL NA PERSPECTIVA DA
AUTODETERMINAÇÃO DO SER HUMANO**

Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de Graduação em Direito
apresentado à Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

_____/____/____

Prof. Nome do Professor

_____/____/____

Prof. Nome do Professor

_____/____/____

Prof. Nome do Professor

DEDICATÓRIA

Para meus pais, pela educação humanista que me proporcionaram, e ao advogado criminalista mais dedicado em compartilhar conhecimento consciente que já conheci, quem me inspirou a lutar por uma política de drogas mais justa e acessível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Orientador deste trabalho, Dr. Alexandre, pela confiança na escolha do tema em análise e pela compreensão e empatia ao longo do processo, tendo proporcionado que se realizasse com dedicação e leveza.

Também, minha estima aos meus colegas de sala e aos grandes amigos com os quais construí relações sólidas e de muito carinho ao longo desses cinco anos de curso, tendo facilitado em muito os tropeços no meio da caminhada. Pude contar com a sorte de esbarrar em seres humanos ímpares e inspiradores, compartilhando a vida tanto nas alegrias como nas angústias.

Sou grata pela família unida e presente que me foi destinada, me dando forças para continuar buscando a minha melhor versão, principalmente aos meus pais que, cada qual da sua maneira, empenharam esforços de diversas ordens para que eu chegasse até aqui.

Por fim, agradeço aos meus guias espirituais e antepassados, sem os quais não haveria fé e otimismo para continuar buscando por sentidos e justiça. Honro, assim, a minha ancestralidade para que o meu propósito espiritual se materialize em vida.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia
encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta
pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

RESUMO

O presente trabalho visa introduzir o conceito, contexto histórico e evolução da tutela sobre os direitos à vida privada, liberdade, dignidade humana, e principalmente à autodeterminação, no que toca a configuração da legislação de drogas no Brasil e a emergente descriminalização do uso e porte de substâncias entorpecentes. Assim, buscar-se-á analisar criticamente o proibicionismo penal, por meio do qual a lei disciplina o uso de drogas, regendo a questão sob o viés da criminalização a partir de aspectos morais e políticos.

Longe de atingir o objetivo precípua de inibir o consumo, a tutela penal do usuário pelo porte de drogas para consumo pessoal, ainda que não mais por meio do aprisionamento, só gera estigmatização e aprofundamento de desigualdades.

Será objeto de estudo, então, a legislação constitucional brasileira, convenções e tratados internacionais que dizem respeito ao tema e, ainda, afunilando o estudo, a própria lei de drogas, analisada a partir de concepções doutrinárias e jurisprudenciais, mas principalmente sob a ótica do proibicionismo como uma abordagem utilizada para instituir políticas criminais que favorecem a criminalização da conduta, a qual não deveria ser preocupação do Estado enquanto instituição que se vale da ferramenta mais pesada para coibir cidadãos usuários.

Além disso, aborda-se o Recurso Extraordinário 635.659, que tramita no Supremo Tribunal Federal, no qual se discute a exata temática presente, sobre a descriminalização resultante da declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Palavras Chaves: Constituição Federal, Lei de Drogas, Direito Penal, Criminologia, Drogas, Política Criminal, Política de Drogas, Descriminalização, Consumo de Drogas, Saúde Pública.

ABSTRACT

The present work aims to introduce the concept, historical context, and evolution of the protection of the rights to private life, liberty, human dignity, and especially self-determination, in relation to the configuration of drug legislation in Brazil and the emerging decriminalization of the use and possession of narcotic substances. In this way, a critical analysis will be made of penal prohibitionism, through which the law disciplines the use of drugs, regulating the question from the point of view of criminalization from moral and political aspects.

Far from achieving the main objective of inhibiting consumption, the penal protection of the user for the possession of drugs for personal use, even if not through imprisonment, only generates stigmatization and deepens inequalities.

The object of study, then, will be the Brazilian constitutional legislation, international conventions and treaties that are related to the theme, and, furthermore, the drug law itself, analyzed from doctrinal and jurisprudential conceptions, but principally from the point of view of prohibition as an approach used to institute criminal policies that favor the criminalization of conduct, which should not be a concern of the State as an institution that makes use of the heaviest tool to curb citizen users.

In addition, the Extraordinary Appeal 635.659, which is underway in the Federal Supreme Court, is discussed, in which the exact subject matter is discussed, about the decriminalization resulting from the declaration of unconstitutionality of art. 28 of Law 11.343/2006.

Keywords: Federal Constitution, Drug Law, Criminal Law, Criminology, Drugs, Criminal Policy, Drug Policy, Decriminalization, Drug Use, Public Health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL DO INDIVÍDUO E DA ALTERIDADE.....	7
1.1. Os Princípios da Alteridade e da Autodeterminação do Indivíduo Interpretados à Luz Da Constituição Federal - Concepções Filosóficas e Axiológicas Sobre Dignidade Humana e Liberdade.	7
1.2. Os Princípios da Alteridade e da Autodeterminação do Indivíduo no que toca a Legislação Internacional Dedicada ao Consumo de Drogas.....	17
CAPÍTULO 2 - A AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL DO INDIVÍDUO E A ALTERIDADE NA LEI DE DROGAS BRASILEIRA - Lei nº 11.343/2006.....	24
2.1. Lei de Drogas e a Inviolabilidade da Vida Privada.....	24
2.2. Os Entraves do Conceito Jurídico de Princípio da Autodeterminação do Indivíduo no Direito Penal Das Drogas – interesse público <i>versus</i> interesse privado.....	36
CAPÍTULO 3 - POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL - A ULTRAPASSADA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL	41
3.1. A Criminalização - Conceito Político-Ideológico a partir do Código Penal e da Lógica do Proibicionismo.....	41
3.2. Política Criminal de Drogas - Aspectos Socioeconômicos e Culturais do Crime de Uso e Porte de Drogas para Consumo Pessoal	55
3.3. Descriminalização - A Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas e o Julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 do Supremo Tribunal Federal	67
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que a norma penal incriminadora, constante do Código Penal Brasileiro, é fruto de contextos políticos ideológicos criados pelo homem, o estigma perante o uso de drogas entorpecentes resultou, por isso, na reprimenda desta prática social, utilizando-se do Direito Penal para solucionar conflitos relacionados a temática, sob o argumento de que seria a ferramenta adequada de pacificação social. Nesse sentido, ainda que o Direito Penal seja um dos instrumentos à disposição do Estado para solucionar determinadas espécies de conflitos, busca-se analisar qual a limitação de sua aplicação, principalmente no que toca a liberdade de ir, vir e ser do indivíduo capaz.

Analisando o contexto histórico, entorpecentes como a cocaína e o LSD (*lysergic acid diethylamide*) eram utilizados para tratamento de vários tipos de doenças ou até mesmo como anestésico. A Cannabis Sativa tem seu primeiro registro histórico de utilização para fins medicinais por volta de 2.700 a.C., no livro chinês Pen Tsao, considerado a primeira farmacopeia da história, descrita para o tratamento de dores articulares.

Apesar disto, considerando o desenfreado movimento de globalização nos séculos XX e XXI, o exponencial aumento demográfico e o surgimento de novos rumos geopolíticos, deu-se início, por consequência, um movimento de intensa normatização da vida humana e suas relações, processo necessário à ordem social, econômica e política. Ocorre que, atrelado a isto, diante de tantas estruturas sociais vulneráveis percebidas em um mundo moderno, a incidência do uso de substâncias entorpecentes também cresceu e se desenvolveu, tendo como resposta política a este fenômeno a regulamentação sobre suas diretrizes no âmbito jurídico, as associando, primordialmente, à seara penal, isto é, passa a ser crime o uso e porte de drogas.

À título de exemplo, o famoso movimento político liderada pelos Estados Unidos, de proibição de drogas, ajuda militar e intervenção militar, chamado de “Guerra às Drogas”, em 1971, quando o então presidente estadunidense Richard Nixon anunciou que o uso abusivo de drogas era o inimigo número um do Estado, foi quando a abordagem sobre o tema, apesar de ter por intuito reduzir o comércio ilegal de drogas, que de fato deve ser uma das preocupações dos agentes políticos, se mostrou descomedida, colocando-a em primeiro lugar.

Alguns dos subtemas que integrarão a pesquisa: concepções filosóficas acerca da liberdade enquanto autonomia, a fim de se encontrar a essência do instituto, bem como a possibilidade jurídica de disposição corporal, ao tempo em que poderá ser feita uma crítica à supremacia do interesse público sobre o interesse privado no âmbito da criminalização do

consumo de drogas e, ainda, quais os aspectos fundamentais que têm autorizado a intervenção jurídico estatal na liberdade individual.

Assim, interessante a reflexão de que um contexto político social fez com que, no mundo jurídico, aquilo que era tolerado e, muitas vezes nem discutido, fosse não só proibido pela lei e reprimido pela legislação criminal, como historicamente abominado, por meio de uma convenção social entre gerações que se dispuseram a assinar embaixo desta mudança repentina acerca do entendimento sobre o uso de substâncias entorpecentes.

Entende-se que a discussão sobre a temática do porte para consumo pessoal de substâncias entorpecentes no Brasil se dá sob uma perspectiva muito mais proibitiva e punitivista, alegando-se a preocupação com a segurança pública, e pouco com a saúde pública, quando na verdade, essa lógica acaba por produzir outros efeitos problemáticos. A reflexão pode se dar em dois aspectos: o primeiro, a discutir a saúde pública no âmbito restrito do usuário de drogas, isto é, no que diz respeito à alteridade, incorrendo em um dilema para o sujeito individual, o que não deveria ser problema do Estado Brasileiro; e dois, se considerarmos a coibição do tráfico de drogas estaremos a pensar em um crime proveniente da esfera patrimonial, ou seja, o tráfico deveria ser crime contra o patrimônio, caso em que o sistema prisional passaria a não se preocupar mais com pequenos traficantes e sim com as grandes lavagens de dinheiro que circundam a prática.

A observação neste trabalho encontra abrigo na primeira reflexão acima apresentada, de modo que, levando em consideração que qualquer discussão sobre a Lei de Drogas é multidisciplinar, porque desde a primeira legislação sobre o tema em 1976 conta-se com normas administrativas, penal e penal processual que se conversam, o intuito é, a partir de um posicionamento crítico desse histórico da regulação jurídica, entender como funcionaram as políticas públicas, fruto da criminalização, até então aplicadas ao porte de drogas para consumo pessoal, para então encontrar outros possíveis meios de lidar com este cenário.

Isto tudo sob a perspectiva de que descriminalizar esta conduta não significa deixá-la a “Deus dará”, podendo o Estado exercer algum tipo de controle, porém, com a observância do princípio norteador do direito penal sobre a *ultima ratio*, isto é, o princípio da intervenção mínima, que orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Tais questionamentos, entre tantos outros, serão utilizados para nortear a pesquisa acerca da violação ao princípio da autodeterminação do ser humano decorrente da penalização do porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal. Para tanto, a metodologia predominantemente utilizada foi a pesquisa exploratória, em que a familiarização e contato com o assunto abordado foram obtidos mediante levantamento bibliográfico nacional e estrangeiro de diversas épocas, estudo de artigos sobre o tema, acompanhamento de processos e julgamentos nos Tribunais brasileiros, palestras com a abordagem de política de drogas, além da própria atuação jurídica em defesa de pacientes da Cannabis Sativa para fins medicinais.

Logo, partindo-se da leitura e investigação sobre os princípios da autodeterminação do indivíduo e da alteridade, bem como sobre as legislações vigentes sobre isto e sobre o uso de drogas, foi possível chegar às formulações de hipóteses que versem sobre novos horizontes diante da ineficiência do Direito Penal para com o uso e porte de substâncias entorpecentes.

Na sequência, foi feita considerável observação e diagnóstico acerca do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, que tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal, com data marcada para julgamento, no qual se discute a descriminalização resultante da declaração de inconstitucionalidade do art. 28, da lei nº 11.343/2006, isto é, a partir das sustentações orais dos requerentes e das partes chamadas como *amicus curiae*, buscar-se-á verificar o que grandes juristas pensam sobre o tema para engrandecer a pesquisa.

CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL DO INDIVÍDUO E DA ALTERIDADE

(...) a liberdade humana precede a essência do homem e torna-se possível: a essência do ser humano acha-se em suspenso na liberdade. Logo, aquilo que chamamos liberdade não pode se diferenciar do ser da “realidade humana”. O homem não é primeiro para ser livre depois: não há diferença entre o ser do homem e o seu “ser-livre”.

- Jean Paul Sartre

1.1. Os Princípios da Alteridade e da Autodeterminação do Indivíduo Interpretados à Luz Da Constituição Federal - Concepções Filosóficas e Axiológicas Sobre Dignidade Humana e Liberdade.

A realização do homem está em fazer uso da liberdade para desenvolver suas aptidões, e assim expandir sua personalidade. Sendo assim, a concepção de liberdade ligada à lei não oferece ao homem plena realização, pois esse ainda se encontra condicionado a agir de acordo com a lei. *Enkrateia* é um termo que provém do grego *Kratos* ou *Kratein* que significa poder, domínio, *enkrates* designa então aquele que tem poder.

Essa definição volta-se para o autoconhecimento, autocontrole, de que muita concebia Sócrates, ao passo que *enkrateia* é o domínio do homem sobre suas paixões. Essa concepção dá sustentação a *eleutheria*, divindade associada a liberdade, que com o passar da história foi desvalorizando-se, e tornando-se luta entre fracos e fortes, e assim a liberdade deixa de ser o cumprimento de uma lei escolhida livremente. O termo *enkrateia* que concebe a liberdade como domínio das paixões e dos interesses egoístas, não permite que a *Polis* seja dominada por um grupo de indivíduos. Sócrates, mencionado por FARIAS (1995, p. 177)¹, ressalta: “mesmo o cidadão livre (*eleutheros*) pode ser escravo, se não tiver desenvolvido a condição de qualquer virtude, a *enkrateia*”.

A liberdade interior não significa estar alheio à lei exterior. A *enkrateia* inclui o homem obedecer à lei, e através do autoconhecimento orientar-se em suas opções. Essa concepção

¹ FARIAS, M, C, B. A liberdade esquecida: Fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento Aristotélico. São Paulo: Loyola, 1995, p. 138- 239.

permite ao homem ser mestre em si, a partir da concepção de liberdade no plano da moralidade. A liberdade não se opõe à lei e nem é limitada por ela, a liberdade é o espaço aberto à *práxis* do homem, onde esse é capaz de fazer suas opções sem ser influenciado por coação alguma.

Outro termo usado no período grego para designar a liberdade é a *autarkéia*, que pensa a liberdade, concebendo o homem que se relaciona, vive e age no mundo, exercendo virtudes em busca da plenitude, da felicidade. Sendo assim, estabelece-se uma relação entre *autarkéia* e *eleutheria*, sendo aquela condição de sobrevivência do grupo político, como condição de autonomia, tanto para a cidade quanto para o homem enquanto indivíduo, e esta apresenta-se como concepção jurídica, política, com fundamento na natureza humana.

Se queremos pensar nos direitos coletivos e difusos é preciso, antes, compreender a mentalidade por trás do enredo que permeia os direitos individuais. Como regra, o Estado Brasileiro deve intervir o mínimo possível na liberdade individual, utilizando-se, ainda, no caso do Direito Penal como ferramenta, a máxima do princípio da *ultima ratio legis*, isto é, o último recurso disponível a ser considerado na resolução de conflitos, quando os demais ramos do ordenamento jurídico não se mostrarem suficientes.

O conceito que aqui se busca desenvolver, necessariamente, desfruta da definição de liberdade. Aristóteles, citado por Rabuske² (1999, p. 89), analisa que: “a liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão”. Logo, liberdade é o princípio para escolher entre alternativas possíveis, realizando-se como decisão e ato voluntário, conceito o qual perpassa a história, desde o período antigo até a contemporaneidade.

Partindo desta premissa básica, a Carta Magna abarca a estrutura normativa norteadora de todo o ordenamento jurídico brasileiro. O Estado Democrático de Direito nacional está alicerçado na Constituição Federal e dela emanam direitos inerentes a todo cidadão nessa lógica democrática. Dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil um daqueles que se destaca para os fins deste trabalho é o art. 1º, inciso III, que incorpora a dignidade da pessoa humana como alicerce básico que irá guiar o Estado.

A dignidade humana está, em verdade, no cerne todos os direitos materialmente fundamentais, conforme ilustra o jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso³ (2009, pág. 250):

² RABUSKE, A. E. Antropologia filosófica, 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 87-95

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.

A Carta Magna Brasileira cita a palavra “liberdade”, tal como um valor axiológico, por treze vezes ao longo de seu texto constituinte, tamanha é a relevância da herança que nos deixou o século das luzes decorrente da Revolução Francesa. Para a presente análise, considera-se a interpretação sobre o que está disposto no *caput* e nos incisos VI, X, LIV e LXVIII do seu consagrado art. 5º, vejamos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é **inviolável a liberdade de consciência** e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

X - são **invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**;

(...)

LIV - **ninguém será privado da liberdade** ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua **liberdade de locomoção**, por ilegalidade ou abuso de poder;

(grifo nosso)

A liberdade conta com o pressuposto da ideia de autonomia e intimidade, como um fator do sujeito em sua existência. Nesse sentido, mesmo em um ambiente de liberdade, o indivíduo pode ainda não ter conquistado — ou melhor, construído — sua autonomia ou vida privada. A inviolabilidade da liberdade como princípio constitucional, conforme o que se afere a partir dos dispositivos colacionados acima, está conectado aos diversos espectros de expressão de liberdade, ressaltando-se no art. 5º a liberdade de ir e vir, de consciência, de crença e de uma vida particular intangível que, porém, não esgotam as possibilidades de interpretação sobre o conceito, já que é cediço que o rol deste artigo não é taxativo, de forma a ser possível contemplar na Constituição Federal e em tratados internacionais direitos fundamentais outros (implícitos) que não apenas os ali previstos.

Sobre este aspecto, ensina Ingo Wolfgang Sarlet, na obra “Comentários à Constituição do Brasil”, organizada pelo nomeado constitucionalista e, também, pelos ilustres J.J. Gomes Canotillho, Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Streck, que “a norma contida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, o assim chamado bloco de constitucionalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais”⁴.

Assim, a despeito do caráter analítico do Título II da Carta Magna, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados e reconhecidos pelo constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5º, § 2º da CF representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais.

Dentre as formas do exercício da liberdade individual, existe o direito à disposição do próprio corpo ou a autodeterminação corporal, como um princípio que conversa com a ideia de vida privada. O direito a disposição do próprio corpo não está expresso na Constituição Federal, mas deriva da interpretação sistemática das demais garantias formalmente estabelecidas, como a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à liberdade, aliadas à possibilidade de disposição corporal, elencadas, respectivamente, nos artigos 1º, III, 5º, caput e 199, §4º, os quais servem de fundamento para que se sustente a existência de um direito individual ao próprio corpo e a sua disposição.

John Locke foi um filósofo inglês conhecido como o “pai do liberalismo”, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social. Locke ficou conhecido como o fundador do empirismo, além de defender a liberdade e a tolerância religiosa. Posto isto, suas reflexões conversam com a temática ora em voga, de modo que se destaca alguns pensamentos que o autor aborda em uma de suas principais obras, datada de 1690, “Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil”. Assim, visando aprofundar o conceito de poder político

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, Almedina e IDD, São Paulo, 2013, p. 517.

e ligá-lo a sua origem, Locke⁵ afirma que devemos levar em conta o estado natural em que os homens se encontram, retratando-o da seguinte maneira:

“(...) estado total de liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem. Estado também de igualdade, no qual qualquer poder e jurisdição são recíprocos, e ninguém tem mais do que qualquer outro; nada há, pois, de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, todas aquinhoadas aleatoriamente com as mesmas vantagens da natureza e com uso das mesmas faculdades, terão também de ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição;”

Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 6)⁶ afirma que os objetivos declarados do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos, sob ameaça de pena. A escolha de quais bens jurídicos seriam protegidos pelo Direito Penal é feita por critérios políticos-criminais fundados na Constituição, bens jurídicos os quais, por exemplo, a vida, a integridade e saúde corporais, a liberdade, daí a importância de uma análise criminológica sobre os fatores sociais, a fim de entender quais as demandas penais.

Nesse sentido, ao entender que a criminalização de uma conduta deve ser a última opção para a sociedade e que devem existir balizas para que o Estado decida quais os bens jurídicos merecedores de proteção, observamos que existem princípios para limitar essa ação. Dentro dos princípios existentes, por meio da concepção de liberdade e autonomia, o princípio da alteridade e da autodeterminação corporal são utilizados para analisar a criminalização do porte de drogas para uso pessoal.

A alteridade é um conceito importante para as ciências sociais, especialmente a antropologia, para a qual a alteridade é na verdade fundante e permanece como um importante direcionador de pesquisas. Em outras palavras, estudar o outro, o diferente, o distante, o exótico, trouxe uma busca pela alteridade distante; ou seja, os primeiros antropólogos procuraram sociedades longínquas da Europa, chamando-os de “bárbaros” ou “primitivos”, em busca da alteridade radical. A palavra alteridade vem do latim *alter*, que significa justamente o outro, razão pela qual faz parte do fenômeno da empatia, uma vez que é necessário que um ser seja sensível e tenha a experiência de conhecer alguém diferente de si mesmo.

Aplica-se, no âmbito jurídico penal, o princípio da alteridade, de acordo com o qual pode-se extrair duas vedações ao poder de punição estatal: (i) o Estado não pode tipificar

⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Editora Martin Claret Ltda. 2002. pág. 15. - tradução Alex Marins.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições. 2014.

condutas, pensamentos ou ideologias que estejam relacionadas com o íntimo do próprio indivíduo, pois não estaria este a violar a vida privada de outrem; (ii) o Estado não pode tipificar condutas que não lesem a bens jurídicos de terceiros.

Destas premissas, a fim de exemplificação, poderia o Estado punir um indivíduo que se considere ou se declare racista? Ainda que se trate de aferição imoral e antiética, que se relaciona a condutas vedadas expressamente pela lei, inclusive, não é fato suficiente para que o Estado dê início a persecução penal, podendo o fazê-lo no caso em que este indivíduo passe a externalizar tal opinião, ocasião em que aí sim estará configurada afronta ao bem jurídico de terceiro. Portanto, ser racista não permite que o Estado puna. Enquanto isso, fazer uso de substâncias psicoativas é ainda caracterizado na Lei, como veremos adiante, como conduta típica, sem mencionar a extrema estigmatização que envolve esta circunstância.

Logo, é lógico afirmar que não se pode punir a autolesão, ou seja, “o fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro” (CAPEZ, 2011, p. 32)⁷, sendo necessário que a conduta tenha reflexos para além da pessoa que a cometeu; se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico. Desse modo, torna-se indispensável examinar se a conduta traz malefícios somente para o próprio usuário ou se lesiona bem jurídico alheio.

John Locke (2002, pág. 16 a 20) em seu ensaio sobre o governo civil assevera que no caso do estado natural existe uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga, sendo que esta lei ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. Para o filósofo, as bases da lei da natureza partem do pressuposto do estado de máxima liberdade, sem deixar de lado a preservação da humanidade e do espaço do outro, com base na razão ponderada e na consciência do que seja proporcional quando da transgressão de uma lei natural.

Esse é um importante aspecto para pensar as heranças adquiridas do momento anterior ao surgimento de qualquer tipo de organização social e do Estado Civil. Veja-se a comparação que faz Locke, no que diz respeito ao estado de natureza em relação ao que chama de “direito comum do magistrado” no governo civil. No primeiro, o ofensor de algum direito, como aquele que comete crime, viola a lei e acaba por causar algum dano, de certo que o prejudicado poderá buscar reparação do quanto sofrido castigando este ofensor de acordo com o que comumente é chamado de “fazer justiça com as próprias mãos”. Enquanto isso, ainda que diante de dano

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral: Arts. 1º a 120. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

causado, no âmbito de um governo estruturado civilmente, há a figura de um magistrado sobre a qual Locke aponta que recai a possibilidade, desde que o bem público não exija a execução da lei, de que poderá relevar, mitigar, o castigo proveniente de transgressões à lei, pela sua própria autoridade.

O indivíduo, ao fazer parte de uma sociedade civil, abandona o poder de fazer aquilo que julgar oportuno para a própria preservação e dos demais, de modo que as leis feitas pela organização que o exerça, em muitos aspectos, limitam a liberdade de que gozava quando sob o domínio da lei da natureza.

A partir do momento em que bases liberais passam a sustentar nossas leis e formas de resolução de conflitos, o princípio da alteridade ganha repercussão, ainda que permeando-se subjetivamente no modo de convivência. O Estado, então, não deve criminalizar alguém por ser algo ou causar algum mal a si próprio, desde que esse indivíduo não esteja lesando ninguém, além dele mesmo, ou nenhum bem, além dos seus particulares.

Não obstante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu direitos que seriam válidos para qualquer pessoa humana, e incluir a alteridade para pensar os direitos humanos é pensar que, dentro dessa humanidade, há uma diversidade de culturas de existência que devem ser levados em consideração no momento, também, da atividade persecutória. Mário Sérgio Cortella, filósofo, escritor e educador brasileiro, em entrevista para a TV Brasil, ao discorrer sobre a alteridade, conclui dizendo que “não há possibilidade de separar fraternidade de alteridade”.

Durante toda a história, houve diversos testemunhos contra a soberania governamental institucionalizada, principalmente daqueles homens que se subtraíam da obediência e jurisdição em que nasceram, e/ou da família ou comunidade em que cresceram, para criar núcleos. Se os homens não desfrutassem da liberdade para se separarem das famílias e governos que os regiam, conforme a sua conveniência, todos seriam uma única “monarquia universal”. É a partir de tal reflexão que Locke apela, declarando o seguinte (2002, pág. 79):

Desde o começo do mundo até nossos dias, tal tem sido a prática universal; nem é hoje empecilho à liberdade dos homens o terem nascido dentro de organizações políticas constituídas e antigas, com leis estabelecidas e formas de governo bem definidas, mais do que se tivessem nascido na floresta, entre seus habitantes sem peias; portanto, os que querem persuadir-nos que ‘por ter nascido sob um governo fica-se naturalmente a ele sujeito’, sem qualquer direito ou pretensão à liberdade do estado de natureza, não tem outro argumento, afora o pátrio poder a que respondemos anteriormente (...).

Todo homem é naturalmente livre, ao passo que, a bem da verdade, é que nada pode sujeitá-lo a qualquer poder terreno senão sua própria vontade. Nesta toada, Locke entende que é preciso esclarecer o que deve ser entendido por declaração suficiente do consentimento de alguém em tornar-se súdito das leis de qualquer governo, fazendo uma distinção entre consentimento tácito e expresso. A dificuldade, ele diz, reside no que deve ser considerado como tácito, e até que ponto este vincula e permite concluir que alguém tenha aceitado qualquer governo, uma vez que não tenha se declarado expressamente.

Insere-se no gênero 'liberdade', a chamada autodeterminação, que se funda na autonomia de vontade. Trata-se, segundo José Afonso da Silva, de uma liberdade positiva, a "liberdade de querer" (liberdade interna) aliada a "liberdade de fazer" (liberdade externa) (SILVA, 2012, p.230-231)⁸. A liberdade de querer se configura pela "situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros" (BOBBIO Apud NOVELINO, 2012, p. 513)⁹. Já a liberdade de fazer diz respeito à possibilidade de o indivíduo agir conforme o seu querer, externalizando sua liberdade interna sem cerceamentos.

Vale dizer que o texto constitucional abarca, dentre suas normas programáticas, a ideia de rechaço a toda forma de discriminação, reforçando o art. 5º que incorpora a isonomia formal. A igualdade no sentido aqui trabalhado é relevante em seu aspecto formal, dado que a lei não deve jamais ser composta por dispositivo que importe em discriminação.

Nesse sentido, a ideia de criminalizar uma conduta que diga respeito ao íntimo de um indivíduo não se admite, pelo viés da liberdade, sendo que todo indivíduo tem o direito de exercê-la, de se autodeterminar e de exercer domínio sobre seu próprio corpo. Do viés da igualdade depreende-se que nenhuma norma deve tratar pessoas de forma penalmente diferenciada pelo exercício legítimo de uma liberdade, leia-se, a efetivação da autodeterminação do indivíduo no sentido de ser livre.

A dignidade humana é qualidade de todo indivíduo e que o Estado deve servir ao homem e sua personalidade, sendo esta abalada pela manifestação intrusiva do Estado, que passa do limite ao tentar regular por meio do direito penal a intimidade e a liberdade, corolários da dignidade. A lógica punitivista criminalizadora, nesse sentido, afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o que dele se deriva.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 230-231.

⁹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

A ideia de autodeterminação, em verdade, não se dissocia do direito à privacidade. Se, no estado de natureza, o homem é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses, não estando a ninguém sujeito, por que então abriria mão dessa liberdade e de tudo que ela envolve para se sujeitar ao domínio e controle de outro poder? Este é um questionamento que faz Locke em seu reflexo acerca dos fins da sociedade política e do governo. Para tanto, responde que, embora o estado de natureza confira aos indivíduos mais direitos, sua “fruição é muito incerta e constantemente sujeita a invasões” (2002, pág. 84), porque o desfrute da propriedade que possui nestas condições é muito inseguro e arriscado, forçando o homem a abandonar o cenário em que, embora livre, está circundado de perigos.

Não é por menos que o homem busca de boa vontade se juntar a outros para conservar reciprocamente a vida, a liberdade, os bens etc., reforçando que o principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades é a preservação da propriedade. Ora, se o filósofo John Locke, ao tempo do ano de 1690 já identificava a incessante busca humana por estar preservação, não é por menos acreditar que a escolha consciente dos indivíduos de renunciar às leis naturais, e portanto a liberdade em sua máxima literalidade, em detrimento daquelas elaboradas no seio de uma sociedade organizada, esteja diretamente ligada ao fato de que esperam um justo respaldo deste novo sistema de controle, considerando-se que preservar a propriedade refere-se, também, a preservação da inviolabilidade de seu lar no modo geral, ou seja, sua casa e seu corpo.

Sobre o paradoxo entre o Estado de Natureza e o surgimento do novo Governo Civil, alude Locke (2002, pág. 86):

Agora, encontrando-se em novo estado, no qual poderá desfrutar de muitas benesses resultantes do trabalho ajuda a associação com os outros membros da comunidade, assim como proteção contra os excessos de poder dela, terá de renunciar também a grande parte da liberdade natural de prover só ao próprio sustento conforme o exigirem o bem, a prosperidade e a segurança da sociedade; (...)

Todavia, quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, **fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si mesmo, à sua liberdade e propriedade.** (grifo nosso)

Não há como supor que um ser racional troque a sua condição para uma pior. Por ser o objetivo primordial de o homem formar sociedade o desfrute da vida privada em paz e segurança, sendo as leis estabelecidas o instrumento para tanto, ressalta-se a potência do poder legislativo como parte da engrenagem, que deve ter a preservação da sociedade e seus membros, e do bem público como norte na sua atuação. É por isso que Locke (2002, pág. 91) destaca a

importância da obediência ao legislativo, como um poder sagrado e intocável, mas que não pode, nem poderia ser, completamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas. Veja-se:

Um homem não pode submeter-se ao poder arbitrário de outro; e não tendo no estado de natureza arbítrio sobre a vida, a liberdade ou a posse de outrem, mas só aquilo que a lei da natureza lhe concede para sua autopreservação e a dos demais, é tão só isto o que cede ou pode ceder à comunidade e, através dela, ao poder legislativo. (...)

Nesse sentido, torna-se crucial a análise do contexto histórico e social em que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal se consolidou. Isso porque, os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado protegem os interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos no âmbito econômico-social, excluindo ou reduzindo as necessidades dos grupos sociais subordinados (SANTOS, 2014, p. 8).

Trata-se, aqui, da necessidade de uma análise crítica não apenas de quais são os objetivos por trás da criminalização de cada conduta, mas que se observe quem é a classe dominante e quem sofre as consequências de tornar uma ação em conduta criminosa.

O Estado, ao entender que o consumo de drogas fere a dignidade, tem o dever de promover a implementação de meios capazes de garantir uma vida digna, os quais não dialogam de forma alguma com a sistemática atual de criminalização e Estado penal impostos ao usuário.

Os homens, conforme explana John Locke (2002, pág. 21 e 22), podem fazer “acordos e promessas entre si, conservando, todavia, o estado de natureza”, pois não é qualquer pacto que faz cessar este estado, considerações às quais acrescentou que “todos os homens estão naturalmente naquele estado e nele permanecem até que, pelo consentimento próprio, se tornam membros de alguma sociedade política”, ou simplesmente optam por formas de existência distintas daquelas previstas como corretas a partir dos costumes que a lei permite.

Posto tudo isto, o consumo de substâncias qualificadas como ilícitas, em verdade, não se traduz em mais do que uma prática potencial de autolesão, que não fere a esfera individual de terceiro (de forma penalmente relevante), conforme o que prevê o princípio da alteridade, bem como, somado a isso, tem-se a inviolabilidade da privacidade e autonomia para que o indivíduo se auto determine, podendo dispor sobre o uso do seu próprio corpo, o que, claramente, não deveria ser perseguido pelo Direito Penal.

1.2. Os Princípios da Alteridade e da Autodeterminação do Indivíduo no que toca a Legislação Internacional Dedicada ao Consumo de Drogas.

Diante da crise do capitalismo global pós-moderno, surge uma crescente série de novos fenômenos na esfera da Criminologia, quando novas formas de crime, vigilância e controle estatal emergem da incerteza econômica e existencial. Conforme lição de Young¹⁰ (2002, p. 23):

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui

A gênese do princípio da dignidade da pessoa humana se dá no pós Segunda Guerra, no contexto de terríveis práticas, como a ascendência do nazismo e fascismo ao redor do mundo, somadas à emergência de ditaduras em diversos países. Tais experiências inumanas trouxeram anseios para o surgimento de uma concepção político-jurídica, e, portanto, normativa, de dignidade. Nesse contexto, foi elaborada, dentre outros tratados internacionais e cartas políticas, em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos. Em seu artigo 1º, assevera que todo ser humano deve ser livre e igualmente tratado com dignidade, devendo viver sempre orientado por um espírito de fraternidade.

Ora, o Brasil ratificou inúmeros Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, incorporando-os ao seu sistema jurídico-constitucional, nos termos do artigo 5º, caput e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. E as normas e princípios adotados por esses documentos normativos internacionais constituem dogmas constitucionais metidos a rol entre as garantias fundamentais, com natureza de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV da CF/88.

Com efeito, como assevera Flávia Piovesan¹¹, invocando ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade e de José Joaquim Gomes Canotilho, “os direitos garantidos nos tratados de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade

¹⁰ YOUNG, Jock. A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, pg. 83, Ed. Max Limonad, SP, 1996

humana e dos direitos fundamentais, com parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.

Há no direito brasileiro uma “tripla hierarquia dos Tratados Internacionais”, de acordo com a jurisprudência do STF (RE 466.343, STF/2008). Atualmente, são reconhecidos três níveis hierárquicos distintos aos tratados e convenções internacionais:

1. Os que versam sobre direitos humanos, aprovados em *cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais* (CF, art. 5º, § 3º). Exemplo da Convenção sobre os direitos de pessoas com deficiência.
2. Os que versam sobre direitos humanos, mas foram aprovados pelo *procedimento ordinário – que são aprovados por maioria simples* (CF, art. 47), possuem *status supralegal*, situando-se entre as leis e a Constituição. Exemplo do Pacto de São José da Costa Rica.
3. Os que não versam sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de *lei ordinária*. O STF não admite que o Tratado Internacional trate de matéria reservada à Lei Complementar.

Em Haia, foi assinada a primeira Convenção Internacional sobre o Ópio, datada de 23 de janeiro de 1912, que veio a ser adotada pela Liga das Nações, tratando-se do primeiro grande tratado internacional que versa sobre a proibição de drogas no mundo que inaugura, assim, a lógica internacional de controle estrito e de valorização da cultura do proibicionismo.

A repressão que antes se voltava especificamente para o ópio acabou se alastrando para outras substâncias, a pedido de alguns países que visavam construir *standards* de ordem internacional. Superada a Primeira Parte da Grande Guerra, foi criada em 1919 a Liga das Nações, organismo internacional destinado a garantir a preservação da paz entre os Estados e a resolução de conflitos de caráter transnacional. A carta política que instituiu os alicerces básicos da Liga, segundo Mena e Hobbs¹², trazia como um de seus objetivos o controle de drogas consideradas perigosas. Enfraquecido pela falta de apoio dos Estados Unidos, que não integrava a Liga, o organismo foi dissolvido, dando origem à Organização das Nações Unidas, em 1945, que assumiu suas responsabilidades.

É indispensável abordar a história do controle de droga nos Estados Unidos, pois como a mais simbólica foi onde teve origem a denominada “guerra contra as drogas”, contribuindo com o pioneirismo da mudança de perspectiva sobre o tema em proporção global. A visão das autoridades e, conseqüentemente, da população acerca do uso de drogas se transformou a partir de então. Na década de sessenta, nos Estados Unidos, após o período em que as drogas eram

¹² MENA, Fernanda Mello; HOBBS, Dick. Tradução do artigo "Narcophobia: drugs prohibition and the generation of human rights abuses. Trends in Organized Crime", v. 13, p. 60-74, 2010.

tidas como um mistério sobre o qual não se falava, a situação mudou porque o consumo chegou à juventude da classe média, quando assim tornou-se uma preocupação. A droga passou a ser sinônimo de dependência, criando-se um discurso médico-jurídico que definia o consumidor como doente e o traficante como delinquente.

Em uma coletiva à imprensa em junho de 1971, o então presidente americano Richard Nixon, em rede nacional, anunciou que o uso abusivo de drogas era o novo "inimigo público número um" dos EUA. "É necessário empreender uma nova ofensiva total", declarou Nixon.

Rosa del Olmo¹³ (1990) afirma que, à época, perpetuou-se esse estereótipo político-criminoso, reforçado pelo discurso jurídico-político ao lado do discurso médico que enfatizou a dependência:

As autoridades tratam o problema, e em especial a maconha, em termos de inimigo interno, de desafio contra a ordem, razão pela qual se lança uma violenta campanha de erradicação no México, de onde provinha em grandes quantidades. No início da década de setenta, e em parte como consequência da perseguição à maconha, surge a epidemia da heroína, a ponto de o presidente Nixon qualificá-la de **"primeiro inimigo público não econômico"**. (grifo nosso)

Na década de oitenta se internacionalizou o controle das drogas, a partir do governo do presidente Ronald Reagan que possuía caráter de extremo conservadorismo, e com base no impedimento de que tais substâncias, principalmente a cocaína, entrassem no país vindas do exterior, quando declarou-se oficialmente a guerra contra as drogas, com o objetivo de controlar o tráfico e ao mesmo tempo a subversão originária da crise econômica que se instalava, razão pela qual toda atenção recaiu sobre a América Latina (OLMO, 1990). Portanto, o inimigo era o externo e as drogas passaram a ser um problema de segurança nacional e internacional, criando a imagem do político criminoso latino-americano.

Rosa Del Olmo (1990) afirma que, nesse momento, se considera o problema em termos de narco subversão, com um predomínio de consequências sobre o poder econômico para os Estados Unidos e sobre o poder político para a América Latina. Foram precisos diversos movimentos sociais combatentes desta guerra para que, atualmente, a situação pareça estar se modificando lentamente, apesar de ainda existir um discurso que perpetua a ideia da guerra contra as drogas, no próprio Estados Unidos, grande parte dos estados já passaram pela legalização da maconha, incluindo Colorado e Califórnia, cada um com suas regras específicas, mas com reflexos parecidos.

¹³ OLMO, Rosa dei. A face oculta da droga. Tradução de Teresa Ottoní. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

Alguns anos depois, alicerçadas sobre uma conjuntura de disputas de poder, de mercado, de influência em âmbito internacional e de implementação de políticas de “guerra às drogas”, foram elaboradas três Convenções sobre o controle de drogas, um dos objetivos prioritários da ONU, foram elaboradas: a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961 (e emendada em 1972); a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971; e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988. Todas elas foram rapidamente internalizadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Na Convenção Única sobre Entorpecentes, promulgada no Brasil em agosto de 1964, tem-se logo em seu preâmbulo indicativos claros sobre o tom que a ONU entendia ser o ideal para as políticas nacionais de combate às drogas dos Estados-Partes. Vejamos:

As Partes,
Preocupadas com a **saúde física e moral da humanidade**,
Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins,
Reconhecendo que a toxicomania é um **grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade**,
Conscientes de seu dever de prevenir e combater esse **mal**. Considerando que as medidas (sic) contra o uso indevido de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal.
Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns,
Reconhecendo a competência da (sic) Nações Unidas em matéria de controle de entorpecente e desejosas de que os órgãos internacionais a ele afetos estejam enquadrados nessa Organização.
Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, **limitando-se nela o uso dessas substâncias a fins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacionais** permanentes para a consecução de tais finalidades e objetivos (...) (grifo nosso).

Referida Convenção faz um recorte específico, tendo como objeto precípua a repressão frente às drogas derivadas de plantas, a exemplo da coca, da cannabis e do ópio. A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, promulgada no Brasil em 1972, nasceu de uma preocupação que se aprofundou na década de 70 com as drogas não mais derivadas de plantas, mas sim as sintéticas, como anfetaminas e o LSD. Por fim, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (ou Convenção de Viena), promulgada no Brasil em 1991, dentre outras disposições, era voltada para a repressão ao varejo ilegal e consumo de entorpecentes, sendo uma das mais significativas para a situação do usuário em termos penais, já que, além de instaurar politicamente a guerra às drogas, impôs que os Estados-parte

criminalizassem o porte de drogas para consumo próprio, entendendo como criminoso a aquisição, detenção ou uso de bens provenientes do tráfico ilícito.

Ou seja, a ONU introduziu em cada Estado-parte signatário de sobreditas Convenções que o objetivo precípua era a repressão.

Na aplicação das políticas de drogas, devem ser, antes de tudo, respeitados os tratados internacionais que versam tanto sobre Direitos Humanos quanto aos direitos específicos aqui intentados, como a liberdade e autonomia a partir do viés de alteridade e autodeterminação pessoal, tendo o Brasil ratificado seu compromisso para com estes. Decididamente, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante “distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas a potencialidade de determinar dependência física e psíquica”¹⁴.

Os fatos assemelhados devem ter igual respaldo legal, o que significa que, de acordo com o princípio da igualdade reverenciado nos tratados e convenções internacionais mais essenciais, o tratamento desigual em situações iguais implica violação flagrante ao princípio da isonomia. A criminalização do porte de drogas, integrando um sistema estruturado e amplo, viola o princípio da isonomia e afronta, de modo flagrante, o artigo 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos, o § 1º do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o artigo 5º, caput de nossa Constituição Federal.

Ao afirmar que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola o sistema de garantias dos Direitos Humanos, a Corte Constitucional Argentina, no ano de 2009 em decisão histórica, asseverou o seguinte: “o Estado tem o dever de tratar a todos os seus habitantes com igual consideração e respeito, e a preferência geral das pessoas por uma determinada política não pode desprezar preferências pessoais de um indivíduo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). (...) nossa Constituição Nacional, acrescida dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquizados - da mesma forma como o faz a constituição brasileira -, reflete a orientação garantidora que deve imperar em um Estado de Direito Democrático para resolver os conflitos entre a autoridade e os indivíduos e destes entre si, cabendo ao Estado garantir e fomentar os direitos das pessoas, sendo esse o seu fim essencial”.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 256

Ademais, como também afirmou a Corte Constitucional Argentina, ao decidir que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal viola o sistema constitucional e o sistema de proteção dos direitos humanos, os tratados internacionais garantem o direito à privacidade, que “impede que as pessoas sejam objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada”¹⁵.

Como já decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1979 anteriormente, “com relação a esse direito à privacidade e sua relação com o princípio da autonomia pessoal, tem sido afirmado, no âmbito interamericano de proteção dos direitos humanos, que o desenvolvimento do ser humano não está sujeito às iniciativas e cuidados do poder público. Sob uma perspectiva geral, os indivíduos possuem, retêm e desenvolvem, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir a sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, de valer-se de meios e instrumentos para esse fim, selecionando-os e utilizando-os com autonomia – inclusive para resistir ou rechaçar legitimamente a ingerência indevida e as agressões a ele direcionadas. Isso exalta a ideia de autonomia e protege o ser humano de tentações opressoras, que podem ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer suas conveniências (CIDH no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 4 de julho de 2006, p. 10 do voto do juiz Sergio García Ramírez).

Essa liberdade que se reserva a cada indivíduo foi definida (artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 26 de agosto de 1789) como o poder de fazer tudo o que não cause dano a terceiros. As principais consequências desse princípio podem ser assim sintetizadas: (a) o Estado não pode estabelecer uma moral; (b) ao contrário, deve garantir um âmbito de liberdade moral; (c) as penas não podem recair sobre ações que são o exercício da própria liberdade. Como consequência disso, as penas não podem incidir sobre condutas que são, justamente, o exercício da autonomia ética que o Estado deve garantir aos seus assistidos, mas, apenas sobre aquelas condutas que afetem o exercício dessa autonomia. O exercício da liberdade tem limites e pode dar lugar à punição, mas um Estado de Direito deve construir-se sobre uma cuidadosa delimitação dessa fronteira.

Assim, diante das normas, regras e princípios, do sistema internacional de Direitos Humanos incorporados ao nosso sistema constitucional como normas de garantia fundamental, é inevitável o reconhecimento de que a lei, que estabelece a criminalização do porte de

¹⁵ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 11.2; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 5º, Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 12; e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 17.1

entorpecentes para consumo pessoal, é insustentável no âmbito constitucional, porque, além de não haver previsão típica de conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica violação ao princípio constitucional da lesividade, constitui também flagrante violação aos princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, *pro homine* e respeito à diferença, corolários do princípio constitucional da dignidade, todos albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

CAPÍTULO 2 - A AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL DO INDIVÍDUO E A ALTERIDADE NA LEI DE DROGAS BRASILEIRA - Lei nº 11.343/2006

2.1. Lei de Drogas e a Inviolabilidade da Vida Privada

A Lei Penal Especial de 2006 que discorre sobre a temática tão polêmica das drogas no Brasil, busca, conforme seu preâmbulo, instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece, ainda, normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definindo crimes e outras providências.

Inicialmente, é preciso asseverar que a Lei de Drogas é uma norma infraconstitucional, sendo uma lei ordinária, que conta com legislação “especial” ao prever crimes e penas à parte do Código Penal, além de normas processuais específicas distintas do Código de Processo Penal pátrio. Vale dizer, também, que qualquer discussão sobre esta legislação é multidisciplinar, pois desde 1976, sua antecessora já possuía normas de cunho administrativo, penal e processual penal, delimitando diretrizes quanto aos desejos do legislador no que se refere às políticas públicas de modo geral.

Entende-se que há uma lógica punitiva criminalizadora instituída no art. 28 da lei nº 11.343/2006, que não deveria ser aplicada aos usuários portadores de drogas por violar alguns de seus direitos fundamentais, tais como a liberdade e a inviolabilidade da vida privada, sendo que quaisquer deles poderiam servir de base para questionar a constitucionalidade do comando normativo do art. 28. Nos termos desta lei, os portadores de drogas para consumo, em situações análogas, são arbitrariamente tratados de modo desigual pelo Estado e, em consequência, o consumidor de drogas consideradas ilícitas fica, no dizer de Bonavides, “privado de proteção judiciária contra o arbítrio que porventura se insinuasse na sociedade pelas dobras da própria lei, mediante uma vontade formalmente intangível do legislador”¹⁶.

Ora, de acordo com o artigo 1º da Lei n. 11.343/2006¹⁷, as condutas nela criminalizadas são definidas por normas penais em branco heterogêneas, por isso recebem complemento normativo de dispositivo diverso, produzido pelo “Poder Executivo da União”, que elege, por

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, Método, n. 2, p. 209-224, jul./dez. 2003. p. 217.

¹⁷ 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*

meio de portaria do Ministério da Saúde, em “listas atualizadas periodicamente”, por razões de ordem política, econômica ou moral, nos termos do artigo 66 da mencionada lei, as drogas que devem ser consideradas ilícitas para o fim de criminalização, inclusive da conduta de quem as porta para consumo pessoal.

No Brasil, a atual relação das drogas é prevista por um ato administrativo, consistente na Portaria SVS/MS 344/1998, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia sob regime especial ligada ao Poder Executivo. E, para fins de tipificação das condutas previstas na Lei nº 11.343/2006, drogas são as substâncias assim classificadas pela referida Portaria que considera tanto aquelas ilegais para consumo, bem como as que são consideradas ilícitas para venda sem prescrição legal.

Assim, no Brasil, não é crime portar, para consumo pessoal, substâncias ou produtos que contenham álcool, nicotina, cafeína, analgésicos, anorexígenos e esteroides anabolizantes, mas, está criminalizado o porte para consumo pessoal de cocaína ou maconha, por exemplo, embora todas essas drogas interfiram no funcionamento do organismo humano e tenham potencialidade de causar dependência. Entretanto, os relatórios da Organização Mundial da Saúde revelam que o álcool e o tabaco são importantes e crescentes causas de mortalidade e de doenças em todo o mundo, sendo classificados como “fatores de risco”¹⁸ que poderiam ser prevenidos.

Salo de Carvalho (2010, p. 270) afirma que essa eleição das drogas ilícitas, além de ser historicamente variável e não estar conjugada à gravidade dos efeitos da droga na sociedade, é essencialmente moral e, portanto, inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Ademais, é fundamental destacarmos que a Lei de Drogas é uma lei que prevê os conceitos penais, mas também a forma processual. À título de exemplo, assim que intimado da denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para apresentação de defesa prévia no prazo de 10 dias (e não de resposta à acusação), sendo que só após analisar a defesa prévia é que o juiz decidirá por receber ou não a denúncia, ao contrário do processo penal ordinário.

No decorrer da legislação sobre drogas, há momentos em que se preocupou em explicitar os princípios que devem reger o direcionamento das regras ali pretendidas, por meio dos artigos os quais ressaltam a finalidade dos critérios propostos, com o fim de atingir boas políticas públicas para lidar com o tema. No Título II, quanto ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, os incisos I, II e o § 1º do art. 3º da Lei nº 11.343/2006 elegem certos

¹⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report: reducing risks, promoting healthy life*. Geneva, 2002.

conceitos que devem servir de norte para que os Estados, Distrito federal e Municípios exerçam suas responsabilidades sobre a questão. Vejamos quais são e como foram delimitados para a criação de uma mentalidade em torno do exercício da lei:

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.

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. (grifo nosso)

No controle de evidência, que tem por objetivo examinar a idoneidade da norma como forma efetiva de proteção ao bem jurídico, observa-se que o legislador buscou fazer no art. 3º da lei em estudo uma diferenciação legal entre o traficante e o usuário de drogas, conferindo tratamento penal diferenciado a cada um fundada na finalidade da conduta (consumo pessoal ou varejo ilegal). Contudo, como exploraremos mais à frente, essa diferenciação não foi eficaz para os fins que se propunha, quais sejam, “prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas“, tendo em vista no Título III da lei de drogas constar a nítida criminalização do usuário.

De acordo com o ilustre professor e advogado Cristiano Avila Maronna¹⁹, o Sisnad reparte as competências entre os entes federativos, ao mesmo tempo que objetiva conferir sinergia às ações da política de drogas por meio do planejamento e da coordenação Inter federativa e intersetorial. No mais, busca-se garantir à política de drogas caráter "intersistêmico, intersetorial, interdisciplinar e transversal, por meio da articulação com outros sistemas de políticas públicas, tais como o Sistema Único de Saúde (SUS), o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), entre outros” (2022, p. 312).

O Sisnad possui, portanto, de acordo com o disposto no art. 4º da lei nº 11.343/06, alguns princípios e objetivos pré definidos em seu capítulo I, categorizando a autonomia e a liberdade como direitos fundamentais a serem observados quando do intento das políticas públicas sobre drogas, isto é, o próprio sistema deve considerar, em primeiro lugar, o respeito à pessoa humana na intimidade da sua vida, âmbito de sua autodeterminação pessoal, bem como tem de observar a diversidade existente de acordo com aspectos populacionais, culturais e éticos. É nessa toada

¹⁹ MARONNA, Cristiano Avila. Lei de Drogas - interpretada na perspectiva da liberdade. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

que se promove o bom senso para a aplicação da legislação penal no tema das drogas, atentando-se aos valores a ela intrínsecos, conforme a seguir:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à **diversidade** e às **especificidades populacionais** existentes;

III - a promoção dos **valores éticos, culturais e de cidadania** do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da **responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade**, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de **prevenção** do uso indevido, atenção e **reinserção social** de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de **prevenção** do uso indevido, **atenção e reinserção social de usuários e dependentes** de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do **equilíbrio** entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad. (grifo nosso).

Leon Garcia²⁰, citado por Cristiano Maronna, aponta importante dado sobre os objetivos que pretende a política do Sisnad, com base em experiências vividas em outros países, de maneiras que “os custos diretos da política de guerra as drogas foram e são significativos, ainda mais se comparados ao que se investe em prevenção e tratamento. Apesar das dificuldades de estimar um conjunto de gastos governamentais, que envolve diferentes esferas e setores, os números disponíveis indicam que, para cada U\$ 1,00 (um dólar) gasto em tratamento e prevenção, cerca de U\$ 2,00 (dois dólares) são gastos com repressão”.²¹

Sobre a prevenção e a reinserção social do usuário e dependente de drogas, pontos chave para a análise em voga, a Lei dedicou o Título III especificamente para tanto, sendo importante relembrar a relevância que a escolha das palavras possui, principalmente no Direito. Nesse

²⁰ GARCIA, Leon de Souza Lobo. “A prevenção ao Uso Problemático de Drogas”. Boletim de Análise Político-institucional: Política de Drogas, IPEA, dez. 2018, p.91.

²¹ ROLLES, Steve et al. *The alternative World Drug Report: counting the costs of the war drugs*. 2ª ed. (S.1.) Transform Drug Policy Foundation/countthecosts.org, 2016.

sentido, tratou o legislador de denominar o título “Das Atividades De Prevenção Do Uso Indevido, Atenção E Reinserção Social De Usuários E Dependentes De Drogas”. Em seguida, no capítulo I - Da Prevenção - sobre as diretrizes que se pretende instituir, formulou-se os artigos 18 e 19, que constituem “as 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”. A princípio, visualiza-se uma intenção positiva para a política sobre o cuidado com o usuário, não obstante confirma-se que há vulnerabilidade envolvida na questão, razão pela qual o legislador e os operadores do Sisnad, instruídos neste aspecto, deveriam empenhar esforços para proteger estes consumidores de substâncias ilegais.

O artigo 19 é extremamente simbólico, aprofundando o paradoxo entre o que se espera de uma legislação de drogas no quesito proibicionista em detrimento do quesito da atenção àquele que se enquadra como usuário ou dependente, fazendo-nos refletir, inclusive, que deveriam ser abordagens provenientes de diferentes leis. Traz os princípios e diretrizes que as atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar, reconhecendo os estigmas e preconceitos que circundam esta temática, e como podem influenciar na vida dos usuários, elencando o seguinte:

- I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na **qualidade de vida do indivíduo** e na sua relação com a comunidade à qual pertence;
- 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;
- (...)
- VII - o **tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população**, levando em consideração as suas necessidades específicas;
- VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;
- IX - o investimento em **alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais**, entre outras, como forma de **inclusão social** e de melhoria da qualidade de vida;
- X - o estabelecimento de **políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas** para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;
- XI - a implantação de **projetos pedagógicos** de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;
- (...) (grifo nosso)

É nítido que na prática os desafios para se alcançar esse mar de rosas são inúmeros, e o primeiro deles, de acordo com Leon (Garcia, 2018, p. 92 apud Maronna, 2022, p. 368), consiste

em estabelecer diretrizes éticas para a prevenção que respeitem a autonomia dos indivíduos e não estigmatizar quem usa drogas. Isto pois, a estratégia de prevenção identificadas com a guerra às drogas demonizam o seu uso, contribuindo para perpetuar a lógica de estigmatização. O segundo desafio, aponta o autor, é o desenvolvimento de programas e estratégias de prevenção que, além de éticos, sejam efetivos em reduzir o uso prejudicial de drogas em diferentes contextos socioculturais, aspecto este que impede a transposição de experiência de um país para o outro. Sem mencionar o enfrentamento de setores de regulação do comércio de diversas substâncias, inclusive legais, que estão subsidiados por setores econômicos de grande lucro com o consumo indevido.

Assim, quanto aos limites da prevenção no contexto da guerra às drogas, da perspectiva da saúde da população, as evidências científicas, para além da letra da lei, demonstram que a guerra às drogas trouxe mais prejuízos do que benefícios, visão defendida em uma edição especial e em um editorial de duas das mais importantes publicações médicas da atualidade²². Daniel Nicory do Prado destaca a “clara inspiração da política internacional de Guerra às Drogas” na opção “pela via da repressão máxima”²³, expressando o binômio da máxima intervenção/mínima garantia.

Em relação ao artigo 22 da Lei, sobre as atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares, determina-se que se deve observar, no seu inciso I, o respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social. Nesse sentido, assim como as noções de reabilitação psicossocial e reinserção social ganham espaço no movimento de reforma psiquiátrica, é nesse mesmo movimento que, ao buscar um novo lugar social para a loucura, emerge a questão da cidadania e autonomia do usuário, para se autodeterminar nos lugares sociais que quiser ocupar, resgatando-se sua legitimidade. Se há estigma e políticas proibicionistas, o cidadão usuário ou dependente fica excluído da sociedade, e, então, impossibilitado de exercer plenamente sua cidadania, torna-se ainda mais vulnerável.

Outro aspecto interessante, é o que se pronuncia no art. 8º-D da Lei de Drogas, quanto ao Plano Nacional de Políticas sobre Drogas que tem sua aprovação, execução e reformulação

²²CSETE, Joanne et al. “*public health and international drug policy: report of the Johns Hopkins*”. The Lancet, vol. 387, nº 10026, 2016; GODLEE, F. “*Drugs should be legalised, regulated, and taxed*”. British Medical Journal, vol. 361, 2018.

²³ PRADO, Daniel Nicory. Crítica ao controle penal das drogas ilícitas. Salvador: Juspodium, 2013, p.27.

como atribuição do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). Um dos objetivos deste Plano, dentre tantos outros, é o que se encontra descrito no inciso IX, mencionando-se mais uma vez o objetivo de promover autonomia ao usuário ou dependente, da seguinte maneira:

II - viabilizar a **ampla participação social** na formulação, implementação e avaliação das políticas sobre drogas;

IX - promover formas coletivas de organização para o trabalho, redes de economia solidária e o cooperativismo, como forma de promover **autonomia ao usuário ou dependente de drogas egresso de tratamento ou acolhimento**, observando-se as especificidades regionais; (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019). (grifo nosso)

Entretanto, conforme pontua acertadamente Cristiano Maronna (2022, p. 346), o CONAD não promoveu audiências públicas, encontros regionais ou conferência nacional sobre o tema, contrariando o processo tradicional de aprovação de assunto tão relevante e com tamanho impacto social, como é o caso do Planad. Nesse sentido:

Chama a atenção o fato de que a sociedade civil foi completamente alijada desse processo, o que não chega a ser uma novidade, tendo em vista que atualmente a sociedade civil não alinhada não possui representação no CONAD. A despeito de todos esses vícios, o Planad foi aprovado.

Maronna (2022, p. 392-393) também cita as diretrizes internacionais para o tratamento do uso problemático de drogas, no sentido de que, a partir de documento elaborado pela OMS, em conjunto com a UNODC²⁴, foram descritos dez princípios gerais que devem orientar o tratamento do uso de drogas, dos quais, “tratamento da dependência de drogas, direitos humanos e dignidade do paciente” é um deles que torna explícito que “o direito à autonomia e autodeterminação, o combate ao estigma, ao preconceito e à discriminação e o respeito aos direitos humanos devem ser observados por qualquer estratégia de tratamento para a dependência”²⁵.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5708, ajuizada pelo Partido Popular Socialista, visa a declaração de inconstitucionalidade das normas constantes dos arts. 2º, *caput* e parágrafo único; 28; 31; 33, § 1º, I, II e III; 34; bem como, por decorrência lógica, os art. 35 e 36, todos estes da Lei 11.343/2006, no que se refere especificamente à *cannabis*, comumente conhecida como Maconha.

²⁴ UNODC. “*Principles of Drug Dependence Treatment*. OMS, 2008. Disponível em: http://www.who.int/substance_abuse/publications/principles_drug_dependence_treatment.pdf?ua=1.

²⁵ OPAS/OMS. “Relatório Quinquenal 2013-2017 do Diretor da Repartição Sanitária Pan-Americana”. Pan American Health Organization, 2013. Disponível em: <https://www.paho.org/annual-report-2017/Portugues.html>.

Para tanto, além de argumentos de ordem legal, baseado na dignidade da pessoa humana do cidadão enquanto sujeito auto determinável, é ressaltado o caráter medicinal que esta substância possui, demonstrando, inclusive, que o valor necessário para a utilização de um tratamento médico mediante uso de canábicos, em verdade, impulsiona a prática da traficância, uma vez que o consumo desta substância por este meio se mostra muito mais vantajoso economicamente. Referida ação se encontra conclusa à Min. Rosa Weber, relatora, desde o dia 10 de janeiro de 2018, após apresentação de manifestações de diversos *amicus curiae*, aguardando o envio dos autos à mesa para julgamento.

Realizando o controle da constitucionalidade e, ainda, o controle da convencionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, forte nos princípios e normas que integram o sistema constitucional brasileiro, o qual incorporou as normas positivadas e a principiologia do sistema internacional de proteção e garantia dos direitos humanos, deve-se reconhecer e declarar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e, consequentemente, a atipicidade da conduta imputada nas denúncias com este escopo.

Além do usuário sofrer as consequências de uma cultura em que não se leva a sério a aplicação dos princípios da autodeterminação do indivíduo, da alteridade e da dignidade humana no modo geral, a Lei de Drogas ainda aprofunda essa sistemática ao criar controvérsias sobre como se deve, tanto o legislador como a sociedade, enfrentar o debate sobre o art. 28. Ora, de acordo com o que apregoa Maronna (2022, p. 473), a respeito da natureza das medidas previstas no art. 28, caput, I a II, “há controvérsia (...) pois ora a Lei de Drogas a elas se refere como “pena” (é assim no Capítulo III do Título III: Dos Crimes e das Penas), ora como “medidas educativas” (§ 6º do art. 28), sendo que no inciso III do art. 28, a sanção de comparecimento a programa ou curso educativo é qualificada como “medida educativa”. Ou seja, a própria lei diz que estas condutas são crimes. Nesse sentido, Maronna cita Renato Marcão²⁶ e Arthur Guerra de Andrade²⁷ para firmar tais reflexões:

Para Renato Marcão, não se trata de “simples ‘medidas educativas’, porquanto estabelecidas para aplicação em face do cometimento de ilícito penal, em desfavor de agente maior e imputável”.

“Mais do que mera modificação retórica, a alteração legislativa traz em si uma profunda transformação, que só poderá ser efetivamente implementada se

²⁶ MARCÃO, Renato. Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas, anotada e interpretada. 11ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2917, p. 62.

²⁷ ANDRADE, Arthur Guerra de (Coord.). Práticas integrativas na aplicação da Lei n. 11.343/2006: Lei de Drogas. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2014, p. 11.

houver, por parte dos operadores do Direito que a aplicam, uma verdadeira mudança de cultura”.

Importante esclarecer que a delimitação do bem jurídico ora tutelado pelo art. 28, leva em conta que a criminalização da posse e do cultivo de drogas para uso pessoal tem por objetivo, dizem, proteger a saúde pública. Nesse sentido, em decisão no Recurso em Habeas Corpus nº 35.920 de 2014, sob relatoria do Ministro Rogério Schietti, confirma-se que “o objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas do usuário, visto que sua conduta atinge não somente sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes”²⁸.

Na contrapartida, partindo-se da premissa do princípio da insignificância, tem-se o julgamento do Habeas Corpus n. 110.475, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal, no qual assevera-se que a privação da liberdade e restrição de direitos do indivíduo apenas se justificam quando houverem valores penalmente tutelados expostos a dano, isto é, significativa lesividade ao meio social, ao passo que não é de todo sempre que a conduta de portar drogas para uso pessoal atinge a saúde pública, sendo demasiadamente auto destrutiva. Veja-se a ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.** 3. Ordem concedida.

(STF, HC n. 110475, Min. Dias Toffoli, j.14.02.2012, DJe 14.03.2012). (grifo nosso)

Finalmente, sobre a literalidade do famigerado artigo 28²⁹ da Lei de Drogas, é fundamental breve análise mais específica a seus conceitos, já que desencadeia tantas

²⁸ STJ. RHC n. 35.920, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20.05.2014, DJe 29.05.2014.

²⁹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

polêmicas, exatamente pelo fato de haver uma indignação por parte da população, gente de tudo quanto é credo, no que diz respeito ao que todo ser humano almeja, poder desenvolver-se com liberdade e autonomia para se autodeterminar, sem interferir no espaço alheio e sem que interfiram no próprio, cultura esta a qual engloba o poder de escolha de uso e porte de toda e qualquer substância.

Sendo assim, o inciso I do caput do artigo 28 discorre sobre a primeira possibilidade de medida a ser aplicada aquele indivíduo que venha a ser interceptado adquirindo, guardando, tendo em depósito, transportando ou trazendo consigo substâncias ilegais, veja-se:

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;

A advertência compete ao juiz e consiste em informar o autor do fato a respeito dos efeitos adversos das drogas. Para além de uma perspectiva negativa de uma “bronca de mãe”, “a advertência não pode atingir a dignidade da pessoa advertida, nem se transformar em um espetáculo público de humilhação e estigmatização”³⁰, conforme ensina o professor Gustavo Junqueira (2008, p. 244).

Salo de Carvalho (2016, p. 358) é categórico na reflexão que aborda a advertência como medida adotada para “punir” os usuários portadores de drogas ilícitas. Aponta o seguinte:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

³⁰ JUNQUEIRA, Gustavo O. Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2008.

O caráter moralista e normatizador da sanção de advertência - seja como pena restritiva de direito (art. 28, I), como alerta à recusa injustificada à prestação de serviços comunitários ou como advertência ao não comparecimento ao programa ou curso educativo (art. 28, p. 6º) - ofende o núcleo rígido dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A admoestação prevista na Lei de Tóxicos adquire como objeto único e exclusivo a reprovação da opção pelo consumo de determinadas substâncias, fruto do livre exercício da autonomia da vontade do usuário.

Não por outro motivo é possível identificar, nessa estrutura de incriminação, na resposta penal e até mesmo no âmbito de convivência social entre os cidadãos, discursos e aproximações aos moldes penais de autor, sob a base de que desvios devem sempre ser punidos, como se a mão do direito penal servisse para criminalizar a personalidade e não a conduta, estigmatizando que o usuário de drogas necessariamente seja um “bandido”.

Da mesma forma que não se pune a tentativa de suicídio (ferindo a própria vida) ou a autolesão (causando algum dano), muito menos se poderia punir, de nenhuma forma, uma conduta que, como a posse de substância entorpecente ou como a dependência física ou psíquica para uso próprio, envolve um simples perigo de autolesão, trazendo mera ameaça de dano para a saúde unicamente daquele que possui e/ou utiliza tal substância.

Basta ler o tipo penal em menção, que descreve a conduta de quem pretende criminalizar no sentido daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta “para consumo pessoal”, drogas proibidas, ao passo que o elemento subjetivo do tipo delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que ultrapasse os lindes da autolesão. Sobre isso, explana o ilustre juris Pierpaolo Cruz Bottini³¹, em artigo publicado recentemente:

A norma penal não pode castigar a tentativa de suicídio, de automutilação, a greve de fome, o masoquismo, ou qualquer outra conduta que coloque em risco apenas o titular dos bens jurídicos afetados, e mais ninguém. Cada um tem a liberdade de determinar-se de acordo com suas vontades e princípios. Essa é a ideia do pluralismo previsto na Carta Magna.

No mesmo sentido, o juiz de direito José Henrique Torres, do Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas/São Paulo, em sentença de 15 de abril de 2014 no processo 2.564/2013, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, sob as seguintes prerrogativas:³²:

³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. STF deve fixar critérios objetivos para separar usuários de traficantes de drogas. Consultor Jurídico (CONJUR). 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-30/direito-defesa-stf-fixar-criterios-objetivos-separar-usuarios-trafficante>> Acesso em 01 jun 2023.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Juizado Especial Criminal de Campinas. Processo 2.564/2013. Decisão de 15. abr. 2014.

RESUMO: O porte de drogas para consumo pessoal não é crime. Trata-se de conduta atípica. **É que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional.** A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso pessoal é inconstitucional, porque (1) **não descreve conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica afronta ao princípio constitucional da lesividade,** (2) **viola os princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, pro homine e respeito à diferença, corolários do princípio da dignidade humana,** albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e (3) contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, que, no âmbito da criminalização primária das condutas, devem ser observados em um Estado de Direito Democrático. (grifo nosso)

Outro julgado, proferido pelo Juízo da 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (Processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208)³³, suscitou, dentre outros fortes argumentos, a questão de que a autolesão não é considerada crime pelo Direito Penal. Menciona-se:

(...) Se determinadas substâncias de fato causam profundo prejuízo à saúde (sendo novamente aqui estranho que algumas drogas mais nocivas não sejam tornadas ilícitas, enquanto outras menos nocivas o são), ainda que opte o Estado por criminalizar o tráfico (alternativa também discutível, porém estranha aos limites desta causa), **não pode punir a autolesão, ou seja, o uso das drogas, porque tal vai de encontro com toda a sistemática que aponta no sentido da ausência de tipicidade conglobante** (ou tipicidade material) na conduta dos que praticam lesões contra si mesmos, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana acionar o Direito Penal em detrimento de cidadãos que necessitam, na pior das hipóteses (porque inclusive contra isto possuem, a princípio, plena liberdade para se opor) de auxílio, educação e tratamento, nunca de punição – mesmo que aquelas mal disfarçadas, contidas nos incisos do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (...). (grifo nosso)

O ponto principal é que, ao eleger algumas drogas para completar o tipo penal em menção, bem como todos os demais previstos na Lei nº 11.343/2006, o Estado, na prática, longe de atuar para proteger a saúde pública, vem atuando inspirado por razões de ordem moral, política ou econômica, olvidando-se, às completas, do princípio constitucional da isonomia, da alteridade e autodeterminação dos indivíduos e, sobretudo, da liberdade.

Afligindo o princípio constitucional da igualdade, liberdade (vida privada) e dignidade, esse sistema criminalizador cria uma situação de profunda e inaceitável desigualdade entre consumidores de drogas consideradas ilícitas, que são tratados e vistos como criminosos, o que impossibilita, inclusive, de receberem o auxílio necessário com base na prevenção e reinserção social, obtendo do Estado resposta predominantemente repressiva e discriminatória, a despeito do que diz a letra expressa da lei.

³³ BRASIL. Juízo da 37ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208. Decisão proferida em 20 de março de 2014.

2.2. Os Entraves do Conceito Jurídico de Princípio da Autodeterminação do Indivíduo no Direito Penal Das Drogas – interesse público *versus* interesse privado

Ao abandonar o estado de natureza, o homem certamente abdicou em alguns aspectos dos seus interesses pessoais. Todavia, também o fez, sob o estímulo de um contrato social, para que exatamente pudesse desfrutar livremente da sua propriedade, de seus bens. Por uma questão de política criminal, embebida em valores ético-políticos, o legislador entendeu que o interesse público e jurídico da saúde pública era afetado pelo uso e porte de drogas.

No encalço do paradoxo que se apresenta entre o interesse público e o privado, com relação ao porte de drogas para consumo pessoal, é que está o cerne da questão, pois há possibilidade de considerar-se diversas narrativas sobre qual destes interesses deve prevalecer quando em contexto de afronta aos direitos humanos fundamentais.

Isto é, há argumentos que sustentam o entendimento de que, a depender da situação, a saúde pública deve imperar em detrimento de direitos individuais, como bem jurídico que o é, devendo ser penalmente tutelada quando necessário, como no caso de infrações penais que se associam ao uso e posse de drogas ilícitas para fins pessoais, de modo que não haveria ataque à integridade corporal de uma única pessoa e sim ao corpo coletivo; enquanto isso, há fundamentos extremamente razoáveis e lógicos também sobre a incompetência do Estado, ainda mais por meio da sua mão mais pesada, a tutela penal, em utilizar-se de seu poder para suprimir certas arbitrariedades dos indivíduos, já que são seres livres e autônomos para se autodeterminarem, interpretação advinda, inclusive, do documento constitucional imperante.

É inegável a harmonização que deve existir entre os direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, exigindo-se do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade; mas deve o fazer às custas da relativização de direitos individuais, com a intervenção do poder punitivo do Estado?

Há juristas e autores que entendem que o critério de resolução das antinomias constitucionais a ser aplicado é o hierárquico, em que se considera a maior ou menor relevância dos bens jurídicos em confronto sob o prisma constitucional o que, por sua vez, não difere muito da ponderação de princípios. Contudo, há inúmeras situações fáticas em que surge o dilema, pois estariam hierarquicamente os dois bens jurídicos a que se pretende proteger no mesmo patamar.

Os direitos à intimidade e à vida privada previstos no art. 5º, X, da Constituição da República, ainda que muitas vezes confundidos quanto ao seu significado, sofrem diferenciação. Na prática os direitos à intimidade e à vida privada vem sofrendo limitações sob a justificativa de serem espécies do direito privado, devendo teoricamente continência a direitos que contenham caráter coletivo, de acordo com a circunstância de cada caso.

Porém, antes mesmo da atenção a segurança ou a saúde pública, o art. 5º da Constituição Federal elenca a liberdade, a autonomia e a dignidade humana como princípios basilares, concluindo-se ser ilusória a continência citada, ainda mais na prática de um Estado Democrático de Direito, pois como dito, para atingir um elevado nível de justiça, deve-se buscar a ponderação com base em análise fiel ao caso concreto.

O estabelecimento de restrições ao comportamento auto lesivo do cidadão viola diretamente a lesividade, princípio limitador que exclui a violação de direitos humanos. A dificuldade que se observou no procedimento da manutenção do uso medicinal da *cannabis sativa* comprovou que a proibição nada mais se trata do que a imposição moral do Estado frente ao particular. Nas palavras de Zaffaroni³⁴:

(...) o estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o **mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa**” e, portanto, consagra o conceito personalista de direito, devendo aquele servir à pessoa e não outros interesses transcendentais. (grifo nosso)

Em decisão da Suprema Corte da Argentina³⁵ sobre o tema, o artigo 14 da legislação especial de posse e tráfico de drogas que dispunha sobre a pena de prisão de até 06 (seis) anos

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro, 2ª ed. Rio de Janeiro:Revân, v. I, 2003, p. 225

³⁵ DECISÃO DA SUPREMA CORTE DA ARGENTINA

Buenos Aires,

Vistos los autos:

"Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

(...)

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" —que antecede—, se resuelve:

I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio.

II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

para usuários de drogas foi considerado, por meio de Recurso Extraordinário interposto, inconstitucional. Assim era sua redação:

“Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

Nesta decisão histórica, invocando lição de Adán Quiroga, assim proclamou: “nenhuma verdade é mais evidente para a ciência penal: a sociedade não tem a missão de fazer reinar a moralidade nas condutas privadas; o ser fictício que denominamos poder público foi instituído para conservar e guardar a ordem e a harmonia dos direitos, que não podem ser violados quando as ações são puramente individuais, quando não se exercita na esfera da vida relacional (Delito y pena, Córdoba, 1885, págs. 36-37)”.

Aliás, o eminente ex-Ministro Sepúlveda Pertense, ao proferir o voto condutor do julgamento do Habeas Corpus 79.189-1-SP³⁶, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu no ano de 2000 ser atípica a conduta de quem consome drogas, quando ainda vigorava a antiga legislação de entorpecentes, afirmou o seguinte: “De minha parte, não hesito em subscrever o acórdão do TACrim na ApCrim 168.697, da lavra do douto Silva Franco (Leis penais especiais..., cit., p. 1.104), que reputa atípico o fato porque não é punível a conduta de quem usa entorpecente”.

E, como afirmou o advogado Alberto Zacharias Toron ao comentar essa v. decisão, o STF, àquela época, embora não tenha enfrentado diretamente a criminalização do porte para consumo pessoal, deixou claro que “é inconciliável a punição de ‘trazer consigo’, ‘portar’ ou ‘guardar’ substância entorpecente, ou que determine dependência, para uso próprio com o bem jurídico tutelado, isto é, a saúde pública. Ainda que se diga que o crime é de perigo, o fato incontornável é que a conduta, tal qual tipificada, está voltada não a punir a possibilidade de expansão, mas sim, como já dito, o próprio uso”³⁷. O professor Oswaldo Henrique Duek Marques³⁸, em artigo sobre a culpabilidade no direito penal e a perspectiva ontológica de liberdade, muito bem pontua o que se vem discutindo sobre a noção de responsabilidade individual. É o que pronuncia:

³⁶ STF - HC: 79189 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 09-03-2001 PP-00103 EMENT VOL-02022-01 PP-00193.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Juizado Especial Criminal de Campinas. Processo 2.564/2013. Decisão de 15. abr. 2014.

³⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade (*Culpability and the ontological overview of freedom*). Rev. Justitia (São Paulo), v. 197, p. 65-71, jul./dez.2007.

No passado, dentre os povos de cultura primitiva, a responsabilidade era objetiva, baseada exclusivamente na relação de causa e efeito, sem interesse no psiquismo do indivíduo ou na sua liberdade de querer e de agir. Não existia noção de responsabilidade individual, edificada sobre a culpabilidade do infrator.

Na atualidade, com a almejada racionalização do sistema penal e com a fundamentação dos ordenamentos jurídicos na dignidade da pessoa humana, não se pode aceitar a responsabilidade de cunho objetivo. Além da conduta típica e antijurídica, é necessária a presença da culpabilidade, que, na visão de Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 522), “somente pode ser edificada sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem”.

Ocorre que, a dificuldade em conciliar a culpabilidade, a qual se fundamenta exatamente na capacidade de agir de forma diversa no caso concreto do delito, com a liberdade e o determinismo humanos, permanece vigente. Ao fazer uma análise sobre a figura de quem comete crime, Duek explica que o delinquente, dado seu comportamento em não conseguir evitar cometer delitos, não tem no castigo baseado em culpa, segundo a concepção clássica, o resultado esperado, tornando-se ineficaz pela própria ausência de livre-arbítrio. Nessa mesma linha, surge a corrente eclética ao final do século XIX, por parte dos integrantes da União Internacional de Direito Penal, a qual sustenta o poder de intimidação das penas como garantia jurídica, porquanto tal intimidação só poderia surtir efeitos desejados diante de indivíduos capazes de autodeterminação.

A culpabilidade, no Direito Penal, tem por pressuposto a autonomia do sujeito e o poder individual de atuar de outro modo. Já a imputabilidade trata da capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme se extrai do art. 26, *caput*, do Código Penal, interpretado a *contrario sensu*. Em outras palavras, consiste no conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, a ponto de permitir ao sujeito a capacidade de compreensão e de autodeterminação.

Tais exemplificações servem de justificativa para abordagem do presente tema, do ponto de vista da possibilidade de estabelecer uma relação entre regras jurídicas penais e a interferência que possuem na esfera individual da saúde do indivíduo. Alcançamos um cenário contraditório, entre as próprias premissas previstas no Código Penal, ou seja, ainda que existam dispositivos que, apesar de não explicitamente, transparecem a questão da autonomia e poder individual do sujeito, como no caso do conceito de culpabilidade e imputabilidade, outros tantos, inclusive constantes das legislações penais especiais, acabam por ir de encontro com aquelas.

O Direito Penal adota uma perspectiva de liberdade normativa, relativa, abstrata. Acontece que, na prática, inclusive jurídica, o conceito de liberdade está muito mais associado com a perspectiva da psicologia, o que significa que nada mais é do que a “capacidade para

seguir a voz da razão, da saúde, do bem-estar, da consciência, contra as vozes das paixões irracionais”³⁹ e assim, sob esta ótica, somente indivíduos capazes de se tornarem conscientes de suas paixões serão capazes de atingir a plena liberdade.

Para que haja autodeterminação fiel ao que demonstra a sua personalidade, os indivíduos precisam estar respaldados inclusive pela lei, não excluindo-se do âmbito jurídico penal legislativo a necessidade de análise ontológica e axiológica sobre a liberdade. Ao serem incentivados a se desenvolverem conhecendo seus impulsos inconscientes, a estrutura legislativa do Estado contribui com a consciência do particular para com o respeito ao interesse público em relação ao seu próprio. Quando o homem dispõe de plena liberdade e autonomia, se sente apto para buscar sua própria evolução, e então com sua autoconsciência desenvolvida, conseqüentemente, será capaz de não ser impelido por forças inconscientes, estando materialmente mais apto a respeitar normas impostas.

O indivíduo é considerado *a priori* dotado de liberdade de autodeterminação e por isso culpável, o que abarca a estigmatização de que usuários de drogas por utilizarem determinadas substâncias sejam vistos como culpados, diante de um sistema normativo persecutório. Se culpados fossem, então estariam exercendo culpa sobre si mesmos. Até porque, estariam praticando um fato que está tipificado na legislação penal e é considerado antijurídico pelo ordenamento em detrimento de sua saúde, por isso a importância de o conceito normativo de liberdade passar a contar com a perspectiva ontológica, já que propicia novos enfoques sobre a culpabilidade, principalmente no tocante à exigibilidade de conduta diversa, contribuindo para a humanização do Direito Penal.

Decididamente, o uso drogas deve ser tratado pelo Estado como uma questão de saúde pública, porém enfrentada sob a perspectiva de implementação de políticas de persuasão, educação e/ou tratamento, e quando necessário, com o intuito de conscientizar a população e auxiliar o particular no cuidado com a sua integridade como usuário ou consumidor, mas nunca como uma questão criminal, sob o comando da lógica punitivista ou proibicionista, perquirindo o indivíduo como se criminoso o fosse, caso em que estaria o poder público ultrapassando o limite da disposição privada, como de fato vem acontecendo.

³⁹ FROMM, Erich. O coração do homem: seu gênio para o bem e para o mal. 2. ed. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

CAPÍTULO 3 - POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL - A ULTRAPASSADA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

3.1. A Criminalização - Conceito Político-Ideológico a partir do Código Penal e da Lógica do Proibicionismo

A criminalização, em seu amplo conceito, corresponde ao fenômeno de assimilação do indivíduo como delinquente a partir do momento em que pratica uma conduta considerada desvirtuante. O sujeito que é criminalizado por meio de uma conduta passa a ser visto então como o “mal” da sociedade, fazendo surgir a identificação (etiquetamento) daquela pessoa como criminosa devendo, portanto, ser punida pelo sistema penal. Nos dizeres de Zaffaroni et al⁴⁰ (2015, p. 43):

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta **seleção penalizante** se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o sistema penal.

A seleção mencionada é marcada pelo exame do que se deve considerar como delinquente não só pelo sistema penal, mas também pelos próprios anseios da coletividade. Quanto às agências do sistema penal, o intuito é de se referir a responsabilidade por administrar a criminalização, fazendo-se mister destacar que nem toda conduta criminosa será criminalizada posto que tal processo ocorre de forma seletiva. No caso da sociedade civil, a criminalização se dá por meio de um processo de controle social formal e informal, isto é, no âmbito formal trata-se do controle exercido pelas agências ligadas ao poder do Estado de punir e, com relação ao controle social informal, corresponde à fiscalização realizada pela própria sociedade, chamado também de controle difuso, realizado ainda por instâncias como as famílias, as escolas, a mídia etc.

A doutrina menciona três tipos de criminalizações exercidas. A criminalização primária, como bem entende Zaffaroni et al (2015) é desempenhada por meio do processo legislativo de criação e sanção da lei penal. É neste momento que se tipificam as condutas, tanto ativas quanto omissas, que são consideradas crimes, atitudes as quais violam normas constitucionais e infraconstitucionais, valores éticos, morais e regras socialmente estabelecidas. Já a

⁴⁰ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

criminalização secundária corresponde à ação punitiva do Estado como resposta aos crimes que foram previamente identificados. Neste processo o indivíduo já sofreu a criminalização primária e então passará a ser apreciada as circunstâncias de sua conduta pelas instituições do sistema penal. O objetivo maior aqui é aplicar a lei penal ao acusado da prática do crime, e se for comprovado sua culpabilidade, aplicar-lhe a devida punição.

Na primária incide sobre os direitos que serão tutelados e na secundária sobre os indivíduos, sendo, portanto, uma seletividade mais objetiva. Deste modo, a seleção não atua apenas sobre os criminosos, mas inclusive sobre os vitimizados. A partir do momento em que o sujeito é inserido no cárcere, tem-se início a chamada criminalização terciária, que corresponde às consequências negativas do contato do sujeito com as agências institucionais penais, uma vez que a experiência pode provocar significativas mudanças em sua autopercepção e em sua forma de encarar a sociedade.

Neste diapasão, conclui-se pelo que Vera Regina Andrade⁴¹ muito bem colocou:

A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a definição legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a seleção que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas. [...] Por isso, mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) **é falar da criminalização (e do criminalizado), e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social.** (grifo nosso)

Fernando Capez (2011, p. 26) afirma que, dentro do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana deve orientar o legislador no momento de criar um delito e os demais operadores quando da adequação típica da conduta. Para o autor, a norma penal não será apenas o que descreve um fato como infração penal. Assim, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente estar conectado somente aqueles comportamentos humanos que realmente possuam lesividade social.

O conceito de crime perpassa a mera conduta que o legislador escolhe qualificar, pois, para que assim seja considerada, a ação deve colocar em perigo valores fundamentais. Isto é, para que o próprio sistema não tenha a razão de seu funcionamento colocada em risco, é de extrema importância que se entenda o Direito Penal além de um instrumento opressivo.

De acordo com a dissertação desenvolvida na tese de mestrado do professor doutor e orientador deste trabalho, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, a qual veio a se tornar a obra “Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade do Direito Penal”, o direito é, pois, antes de

⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 41.

tudo, o raio-x da ética social. Aponta que o Direito Penal, então, é medida extrema de manutenção da ordem e de pacificação social, a qual demonstra o reflexo da moral de um povo, eternizando-se a dialética entre a segurança da sociedade e a liberdade do cidadão⁴².

No caso de algumas circunstâncias, a intervenção do Direito Penal para a efetiva tutela de bens garantidos pela Constituição Federal parece ser a única saída, o que não exclui a máxima trazida pelo professor Alexandre ao afirmar que o mínimo ético de uma sociedade é proporcional ao Direito vigente, veja-se:

Quanto maior a necessidade do uso do Direito, maior o indício de que o povo está moralmente em crise. É plausível, portanto, a suposição de que, quanto menor a necessidade do uso do Direito, mais elevada está a virtude dos homens de determinada sociedade. E, no simples dizer de Jean-Claude Guillebaud, “quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e, sobretudo, uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui”, ainda que a um custo altíssimo para a liberdade (2008, p. 25).

O princípio da lesividade também assegura o que a lógica da alteridade no Direito Penal pretende instituir, isto é, o fato de que, para que uma conduta seja considerada criminosa, deve haver um sujeito ativo que por meio de sua ação lesse um sujeito passivo. Daí falar em princípio da intervenção mínima do direito penal, voltando-se para a limitação do poder de punir do Estado quando houver lesões a bens jurídicos alheios, entendendo-se que outros ramos do Direito poderão ser reivindicados até que, restando ineficazes, a situação seja atacada pelo Direito Penal.

Recorda-se que não há no Código Penal, nem mesmo no Código de Processo Penal, expressa menção aos princípios que aqui se busca examinar, seja sobre as concepções já discutidas acerca da liberdade e autonomia no modo geral ou no que diz respeito à alteridade ou a autodeterminação pessoal de maneira específica. É que, ainda que tais princípios devam nortear a aplicação de sanções penais, trata-se de conceitos tão elementares para a própria convivência humana em sociedade e preservação da integridade dos indivíduos, que não há necessidade de serem escancarados, bastando o documento constitucional e sua força magna dispor a respeito para que se imponha sua aplicação na esfera infraconstitucional.

O ensinamento do Ministro Eros Grau⁴³, invocando Jean Boulanger, afirma que os princípios, que são normas, especialmente os intra sistêmicos, nem sempre estão positivados, o que exige do intérprete e dos juízes a tarefa de “incorporá-los e aplicá-los ao caso concreto,

⁴² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo. Curitiba: Juruá, 2008, p. 23 - 25.

⁴³ GRAUS, Eros. Ensaio e discurso sob a interpretação/aplicação do direito, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

ainda que aparentemente contra *legem*, pois se as regras são concreções de princípios, nunca deveria haver antinomia entre eles”.

No contexto da teoria do direito penal do inimigo, Alexandre de Moraes⁴⁴ (2006, pág. 231-233) cita Zaffaroni que, como um dos críticos mais engajados na teoria desenvolvida pelo autor e filósofo do direito, Gunther Jakobs, assinala que “o sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se) seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar”⁴⁵.

Ainda sobre essa perspectiva, ao falar em terror penal, Moraes, citando René Dotti, argumenta que “não se deve crer que o direito penal ‘só se manifesta através das guilhotinas e dos pelotões de execução, porque também é terror uma leve condenação aplicada pelo juiz, quando ao seu arbítrio não se dizem limites precisos’, isto é, terror é sinônimo de arbítrio individual e judicial, ao passo que o direito penal começa onde acaba o arbítrio”⁴⁶.

Importante dispositivo da legislação penal brasileira, no que toca a liberdade, é o disposto no artigo 38 do Código Penal, o qual revela os direitos do preso, dispondo que esse “conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. Assim, não é porque um indivíduo venha a ser privado de sua liberdade por alguma pena ou medida imposta a partir do cometimento de um ato infracional, que se deixa de conservar, impreterivelmente, os demais direitos fundamentais ou costumeiramente concebidos, sendo mister que as autoridades envolvidas no decorrer da consecução penal sejam instruídas sobre a função de manter o respeito à integridade do preso no sentido lato sensu.

Já no Título IX, Capítulo III - Dos Crimes Contra a Saúde Pública - algum dos fatos tipificados como crime podem ser utilizados de ilustração e até em comparação ao que será discutido mais a frente, a fim de compreender a lógica em torno da problemática ora em análise. Mesmo que não explicitado no Código Penal, é curioso notar que o enredo do teor do artigo 28 da Lei de Drogas Brasileira, o qual prevê a penalidade para o consumo de substâncias

⁴⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do inimigo’. Dissertação de Mestrado - Direito Penal - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7105/1/AlexandreMoraes.pdf>> Acesso em 05 maio 2023.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19. (apud MORAES, 2006, p. 233).

entorpecentes, está, de certa forma, associado aos tipos penais quando se fala em afronta a saúde pública, de modo que a legislação penal aborda aspectos intrínsecos ao uso de substâncias nocivas.

Pois bem, o artigo 276 do Código Penal prevê penalidade no tocante à *venda, exposição à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto ou substância* nas condições dos artigos 274 (emprego de processo proibido ou de substância não permitida) e 275 (invólucro ou recipiente com falsa indicação), invocando a pena de reclusão, ou seja, privação da liberdade de 01 (um) a 05 (cinco) anos, e multa, sanção esta, diga-se de passagem, muito mais branda que aquela configurada na vigência especial.

Trata-se de constatação simbólica no que toca à violação da alteridade ou da autodeterminação dos indivíduos, já que o próprio Código Penal sequer menciona o consumo, mas apenas a fabricação, produção, venda, etc. de substâncias em desacordo com a lei, exatamente porque no caso destes verbos nucleares poderia haver a possibilidade de violação a bens jurídicos de terceiros, o que conduz à observação de que houve uma inovação desproporcional trazida pela legislação especial, a qual ignorou os preceitos do quanto previsto desde 1940 sobre condutas que perpassam a saúde pública, tendo ultrapassado os limites previstos constitucionalmente acerca da inviolabilidade da vida privada e da alteridade ao falar de consumo ou posse de substâncias ilegais, criminalizando, portanto, tais condutas.

O artigo 278 do Código Penal dá continuidade a este raciocínio ao dispor sobre o tipo “Outras Substâncias Nocivas À Saúde Pública”, em que fica proibido a *fabricação, venda, exposição à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal*, sob pena de detenção, de um a três anos, e multa. Interessante é que se prevê, então, tipificação penal quando da entrega ao consumo, mas em nenhuma hipótese menciona-se o consumo em si da substância como conduta ilícita, liberando, teoricamente, o consumidor/usuário deste ônus.

Para além do fato de que, nas duas hipóteses mencionadas acima, tratam-se de verbos nucleares do tipo penal muito similares aqueles previstas na legislação específica, divergem no que toca a intenção do legislador, que no âmbito do Código Penal e Código de Processo Penal, optou, claramente, em deixar o usuário de substâncias de fora do contexto persecutório, ainda que mencione sobre condutas delitivas envolvendo substâncias em desacordo com a lei que possam afetar a saúde pública como um todo.

É o caso do artigo 280, que prevê pena de detenção de um a três anos ou multa para quem fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica. Ocorre que, é recente no Brasil, por exemplo, a conjunção na qual um paciente de Cannabis Sativa (comumente conhecida como Maconha) chega à uma farmácia com a receita médica prescrevendo o óleo de um dos compostos da planta, o *Canabidiol*, e consegue comprar o medicamento, pois até pouquíssimo tempo atrás mesmo diante de prescrição médica não seria possível o fornecimento da referida substância medicinal, por não constar expressa autorização nas listas da ANVISA.

Levando-se em consideração o que dispõe este artigo em sua negativa, ainda assim, encontramos-nos diante da hipótese, muitas vezes, de impossibilidade do fornecimento de substância medicinal, pois o estigma que permeia o uso de qualquer substância não convencional é notório, resultando da literalidade deste artigo tremenda inconsistência, já que deveríamos supor que se um profissional da medicina receita certo medicamento não haveria porque negá-lo a um paciente por determinações de operadores do saber jurídico, o que infelizmente não é a realidade. A criminalização de substâncias e de seus consumidores ocasiona, assim, a falta de acesso aos seus princípios ativos por parte de potenciais pacientes com as mais diversas doenças.

No contexto do Processo Penal, há um importante instituto que se trata, na verdade, de uma ação, a qual visa romper com a criminalização de certas condutas ao abordar o direito à liberdade de ir e vir dos sujeitos, qual seja o que está disposto no Capítulo X - artigo 647 do Código de Processo Penal - Do Habeas Corpus E Seu Processo. Veja-se:

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua **liberdade de ir e vir**, salvo nos casos de punição disciplinar. (grifo nosso)

Como muitos juristas defendem, trata-se de ação utilizada para contestar eventual direito de locomoção que possa vir a ser freado quando qualquer indivíduo se ver em situação de coação ilegal. Este instrumento, inclusive, vem sendo utilizado com grande expressividade para o fim de demandar do Poder Judiciário, tirando-o da inércia, uma resposta sobre crescente fenômeno na sociedade, isto é, o cultivo próprio de plantas para fins medicinais por pacientes que não possuem condições de arcar com o alto valor de mercado, obtendo-se decisões favoráveis no que diz respeito à temática por parte dos usuários, estes que possam estar na iminência de sofrer qualquer tipo de repressão por parte dos agentes de polícia ao fazerem uso do medicamento de maneira “ilícita”, ao passo que procuram o sistema de justiça requerendo a concessão de um Habeas Corpus preventivo (quando ainda não há coibição da liberdade) com

a emissão de um salvo-conduto para permissão do cultivo caseiro sem o perigo da mão penal intervir, ou repressivo (quando já houver privação da liberdade).

O que representa, no modo geral, é a intenção do legislador em criar institutos de defesa que sejam capazes de coibir eventual abuso do poder estatal sobre a liberdade individual e a autonomia, consequentemente buscando respeitar a autodeterminação do indivíduo, exatamente porque se reconhece que nem sempre aquilo que foi tido como ilícito ou presumido socialmente como uma conduta errada deve ser resolvido pelo encarceramento ou supressão de direitos. Quanto ao uso de substâncias, o Habeas Corpus vem se apresentando como uma ferramenta parte de um movimento de extrema importância para o combate da lógica punitivista frente aos usuários que portam e consomem drogas, e para a compreensão da luta que travam diariamente, decorrente de uma política ineficiente.

Apesar da intenção otimista do Poder Legislativo em fomentar boas leis e fiscalizar os atos do Executivo no tocante à temática das drogas, observa-se que a prática do dia a dia difere substancialmente da teoria que se buscou aplicar pela pura letra da lei, esta que não corresponde à realidade da questão. Muito porque a criminalização de qualquer conduta gera consequências depreciativas para todo o entorno do indivíduo que se indis põe com a lei, impossibilitando que se atinjam os objetivos almejados quando da implementação de certas políticas, tornando-se ineficientes, pois como já mencionado no exemplo das atividades de prevenção do uso de drogas, não houve de fato contribuição para a diminuição do consumo na prática, na contrapartida realçou ainda mais a estigmatização já existente.

Ademais, o que se recomenda neste ponto é uma atuação mais jurídica-científica e menos política, como meio de se criar um sistema penal mais coerente, evitando assim o chamado populismo punitivo, para pensar uma política criminal que não vise o prazer de vingar. A norma penal é descrita por Zaffaroni e Pierangeli, dessa forma, como a filha de uma decisão política, o que quer dizer que o estigma perante o uso de drogas é a própria política criadora da norma penal incriminadora.

Na mesma toada do consumo de drogas ilegais, um bom exemplo para elucidar a polêmica, diz respeito a prática de suicídio em comparação com o suicídio induzido, instigado ou auxiliado por terceiro. Ora, o Direito Penal em nada se relaciona ou se preocupa com o indivíduo que, deliberadamente, pretende tirar a sua própria vida, como nem deveria diante dos mesmos princípios que se vem estudando. Todavia, está tipificado no Código Penal, em seu art.

122⁴⁷, o suicídio quando auxiliado por terceiro(s), ao passo que a conduta advinda do próprio suicida não configura afronta aos seus próprios direitos, já que dispõe de autodeterminação e liberdade sobre seu corpo e sua vida. Enquanto isso, em relação a indivíduos alheios que incentivarem a prática do suicida, sob qualquer formato, poderão ser penalizados, por meio da criminalização dessa conduta, tendo sido expressa tal intenção do legislador em respeitar a individualidade e escolha de quem decide tirar a própria vida, mas não a de quem interfira em tal decisão.

Ou então, ainda menos elaborado, basta lembrar do raciocínio por trás da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), previstos como infração administrativa, mas excluídos do rol dos crimes de trânsito, em que o legislador opta expressamente em apenas advertir o cidadão sobre o autocuidado que deve ter.

Se pensarmos sobre a perspectiva da evolução da política criminal internacional sobre as drogas, encontramos pesquisas que demonstram que não se é possível precisar a data exata em que se iniciou o consumo de drogas, datando-se de épocas anteriores à cristã. Mesmo assim, é certo dizer que cada povo foi desenvolvendo, ao longo do tempo, modos de sua utilização. Alguns fizeram uso de tóxicos de maneira medicinal, outros para terem alucinações e outros para fins ritualísticos, desta forma, abstraindo-se das mazelas que a vida pode trazer. Nesse sentido, vale transcrever trecho de artigo científico a respeito⁴⁸:

Pautado por distintos focos de interesse e ao sabor de díspares contextos sócio-culturais, o consumo de substâncias foi percorrendo um trajecto (sic) que se iniciou em tempos remotos. Assim, a cada tempo correspondem diferentes substâncias e distintas formas de as usar, numa obediência a um processo longo e contínuo (sem data, p. 4).

À título de exemplo, a cocaína e o LSD já foram utilizados ao longo da história humana para tratamento de vários tipos de doença ou como anestésico, já que estão seus princípios ativos presentes na natureza, quando então houveram deliberações sobre a intenção de se estabelecer políticas criminais, principalmente nos Estados Unidos, que fizeram com que uma conduta que antes era tolerada fosse proibida, desenvolvendo-se historicamente uma convenção

⁴⁷ Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação (*Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019*) Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (*Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019*) Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

⁴⁸ NUNES, Laura M.; JÓLLUSKIN, Gloria. O uso de drogas: breve análise histórica e social. Sem data. Disponível em: <<http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237FCHS04-15.pdf>>. Acesso em: 20 mai 2023.

social passada de gerações em gerações, as quais se dispuseram a assinar embaixo da mudança repentina sobre o entendimento do uso de substâncias entorpecentes.

O processo de criminalização, conseqüentemente, não está baseado apenas na escolha das condutas perigosas que possam interferir na manutenção da sociedade. O sistema penal opera como um filtro, selecionando os indivíduos de acordo com sua vulnerabilidade, o que os torna suscetíveis ao poder punitivo, de modo que reproduz, infelizmente, a desigualdade nas sociedades contemporâneas, indo de encontro aos objetivos declarados e legitimados pelo discurso jurídico da igualdade, liberdade, bem-comum, entre outros.

Cristiano Maronna (2022, p. 514-515), citando Hassemer, observou que “o problema das drogas, decorrente do ímpeto e da compulsão do ser humano para a intoxicação, o qual pode ser caracterizado como uma constante antropológica, é um campo fértil para dramatizações com motivações políticas”⁴⁹.

Observa-se que, embora a justificativa para selecionar os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Estado esteja amparada, ao menos teoricamente, no princípio da dignidade humana, na realidade não é desse modo que se opera a política criminal atualmente vigente. Ainda que exista essa seleção de bens jurídicos para proteção, é produzida uma aparência de neutralidade sob a qual Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 8) alude ser dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado.

Nesse sentido é a análise do contexto histórico e social em que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal se consolidou. Isso porque, os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado protegem os interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos no âmbito econômico-social, excluindo ou reduzindo as necessidades dos grupos sociais subordinados. Partindo desta constatação, âmbito de diversas discussões acadêmicas, possibilita-se a reflexão sobre se a criminalização da conduta supracitada tem como justificativa a ocorrência de consequências para a sociedade, ou seja, se o porte para uso é conduta suficiente para ferir o bem jurídico alheio ou se, na verdade, sua criminalização tem raízes históricas que

⁴⁹ MARONNA, Cristiano. “Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal”. Boletim IBCCRIM Edição Especial Drogas, São Paulo, nov. 2012. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal-a-ilegitimidade-da-intervencao-penal> Acesso em 20 mai 2023.

buscam proteger os grupos sociais mais favorecidos em detrimento da parcela marginalizada da população.

Sobre o proibicionismo elucida Maria Lúcia Karam (2007, p. 181)⁵⁰:

O proibicionismo pode ser entendido, em uma primeira aproximação, como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.

É neste momento que se demonstra a indispensabilidade em revelar a ideia de proibicionismo, termo o qual compreende um modelo de controle social por meio da criminalização, que tem impactos severos no sistema penal e na sociedade, ao preconizar a proibição estatal do comércio de certos produtos, resultante de uma causa moral radicalizada. O que ocorre é que o estudo das origens do proibicionismo e a evolução das leis penais para se evidenciar como se deu a construção do conceito de ilicitude sobre uma substância, evidencia o fundamento de um modelo repressivo.

A experiência mostrou que, apesar da proibição perdurar, as drogas ilícitas continuam sendo consumidas, ganharam valor de mercadoria e se inseriram em amplo mercado ilícito, refletindo a posição de outro grupo que não partilha do mesmo ideal representado pela norma proibitiva. Diante desse aspecto, pode-se afirmar que uma das consequências do proibicionismo é a marginalização de um número cada vez maior de pessoas que não se adequam ao modelo de conduta imposta pela norma. Ensina Valois (2017, p. 424)⁵¹ o seguinte:

Nesta sociedade, de consumidores iguais e oponentes, a mercadoria objeto produto do mercado é de somenos importância. Tanto o ódio, como o medo e a segurança se convertem em mercadorias também. Estes dois últimos se auto sustentando, porque a propagação do medo leva à busca por segurança, qualquer segurança, mesmo a mais irracional e igualmente bloqueadora do raciocínio.

Tanto se trata de uma questão arraigada de pressupostos ideológicos, mais do que processuais penais ou jurídicos no modo geral, que é pertinente e curioso notar a comparação que se faz entre a política criminal dedicada ao uso de drogas consideradas ilícitas e aquela em relação ao uso do álcool, também uma droga de extrema lesividade, porém lícita. Assim, existem inúmeras pesquisas que demonstram as relações causais entre volume médio de

⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5456>> Acesso em 20 de abril de 2023.

⁵¹ VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.

consumo de álcool e mais de 60 (sessenta) tipos de doenças e ferimentos. Ainda, o álcool é um mediador poderoso que leva a desfechos agudos, tais como homicídios, acidentes automobilísticos, casos de violência doméstica, lesões intencionais ou não, dentre outros problemas sociais⁵². Por outro lado, o uso de drogas consideradas ilícitas está relacionado a apenas 0.4% das mortes e 0.8% das doenças, em nível global⁵³.

Sobre essa questão, a pesquisadora e psiquiatra do Programa de Ensino e Assistência ao Uso Indevido de Álcool e Drogas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Magda Vaissman, comenta: “É óbvio que a maconha faz mal, mas quantas pessoas você conheceu que morreram por uso abusivo de maconha? Mas casos de pessoas que morreram por beber ou fumar cigarro de forma abusiva existem aos montes. Assim, é nítido e inegável o fato de que a maior parte dos problemas de saúde no mundo ocorrem mais em razão do uso de substâncias consideradas lícitas do que ilícitas. Inclusive, segundo as previsões da OMS para o ano de 2020, as substâncias psicotrópicas continuarão a manter a sua elevada posição na lista de “fatores de risco” à saúde⁵⁴”. E, de fato, continuaram.

Há uma falsa ilusão na interpretação de que, sendo o bem jurídico precípua a saúde pública, a lei não incriminaria o uso da droga e, portanto, usar droga seria fato atípico. Isso porque, na teoria, ainda que esse entendimento se dê em razão do princípio da alteridade ou transcendentalidade, não podendo a lei punir o infrator que só faz mal a si próprio, é razoável aferir que a repercussão sociocultural que tem a criminalização de uma conduta, o comando que exerce o direito penal sobre os cidadãos, por si só instiga na coletividade o sentimento de punição e a contribuição para com a abordagem moral e intelectual do que é certo ou errado.

É tênue a linha entre o que a lei pune, ou seja, a detenção da droga que acarretaria a possibilidade de circulação e a consequente presunção legal de um perigo social, e os efeitos

⁵² “Alcohol consumption has health and social consequences via intoxication (drunkenness), dependence (habitual, compulsive, long-term heavy drinking) and other biochemical effects. Intoxication is a powerful mediator for acute outcomes, such as car crashes or domestic violence, and can also cause chronic health and social problems. Alcohol dependence is a disorder in itself. Overall, there are causal relationships between average volume of alcohol consumption and more than 60 types of disease and injury. [...] Worldwide, alcohol causes 3.2% of deaths (1.8 million) and 4.0% of DALYs (58.3 million). [...] Besides the direct effects of intoxication and addiction resulting in alcohol use disorders, alcohol is estimated to cause about 20–30% of each of the following worldwide: oesophageal cancer, liver cancer, cirrhosis of the liver, homicide, epilepsy, and motor vehicle accidents”. (In: WORLD HEALTH ORGANIZATION. The World Health Report: reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <<https://www.who.int/>> Acesso em: 02 de maio de 2023. p. 77-78).

⁵³ “Globally, 0.4% of deaths (0.2 million) and 0.8% of DALYs (11.2 million) are attributed to overall illicit drug use”. (In: WORLD HEALTH ORGANIZATION. The World Health Report: reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <<https://www.who.int/>> Acesso em: 02 de maio de 2023. p. 79).

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas. Genebra, 2004. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 maio 2023, p. 1.

que de fato são ocasionados por tal punição. Surge a indagação de que se a quantidade for tão pequena que não haja possibilidade de circulação, haveria então tipicidade? Entende-se inadmissível considerar que a conduta de posse da droga para consumo imediato não seria crime, mas no caso de consumo posterior poderia ocasionar na tipificação.

Pois bem, se existe alguma contribuição positiva do proibicionismo, é a comprovação de que a criminalização de uma conduta não inibe sua prática, podendo inclusive ressaltar a atenção que se dá a ela, incorrendo no aumento da sua prática, de modo que ela venha a ser aceita socialmente por parte de seus destinatários ou majoritariamente pela sociedade. A criminalização faz com que os consumidores de quaisquer drogas se sintam amedrontados pelo receio de uma pena criminal ou mesmo pela necessidade da confissão de um crime com toda estigmatização dela decorrente, com evidentes reflexos em termos laborais e de inserção na sociedade.

Com base em fatos históricos narrados, em 1997, nos EUA, destacou-se uma iniciativa acadêmica pioneira por parte de Lynn Zimmer e John P. Morgan, socióloga e médico farmacologista, respectivamente, ambos professores e pesquisadores da prestigiada City University of New York, na qual realizaram revisão bibliográfica completa sobre o tema da Maconha, resultando na publicação do livro, em português, “Maconha: mitos e fatos - revisão das provas científicas”. Os autores chegaram à conclusão de que em quase cem anos de proibicionismo, várias comissões⁵⁵ independentes foram criadas por seus respectivos governos para investigar os efeitos desta planta, chegando às constatações semelhantes quanto a baixa toxicidade da substância e a desnecessidade de criminalização da conduta.

Ao emitir o parecer na decisão *Robinson v. California* nos tempos remotos de 1962, o Juiz Associado da Suprema Corte dos Estados Unidos, Potter Stewart, referiu que os governos podem combater o consumo de substâncias ilícitas através de várias políticas, como a criminalização ou o tratamento obrigatório. No entanto, acrescentou que "um Estado pode optar por atacar os males do tráfico de estupefacientes mais alargadas - através da educação para a saúde pública, por exemplo, ou através de esforços para melhorar as condições econômicas e

⁵⁵ Os principais relatórios produzidos sobre o assunto são: Indian Hemp Drug Commission (1894); The New York Academy of Medicine (1944); Presidente Kennedy's White House Commission on Narcotics and Drugs Abuse (1962); Relatório Wotton (1968); Relatório da Comissão do Governo do Canadá (1970); Relatório da Comissão do Governo da Holanda (1972); President Nixon's National Commission on Marijuana and Drugs Abuse (1972); The National Academy of Sciences Substance Abuse Report (1982); The United Nations World Health Organization Report (1999); National Institute of Medicine Report (1999).

sociais em que esses males possam florescer”⁵⁶. Quase sessenta anos depois, as políticas americanas que criminalizaram o porte de substâncias para uso pessoal não parecem gerir eficazmente os efeitos do consumo de substâncias na saúde, mas contribuem para a detenção e o encarceramento em massa, exacerbam as disparidades raciais e socioeconômicas, custam milhares de milhões aos contribuintes e perpetuam a estigmatização do consumo de substâncias.

Destaca-se a Comissão Nacional sobre Abuso de Maconha e de Drogas de 1972, criada pelo Presidente americano Richard Nixon, que pretendia com base nos estudos da comissão, subsidiar cientificamente sua promessa de campanha em empreender uma guerra contra as drogas. Porém, o relatório final da comissão contou com a afirmação de diversos pesquisadores de que a opinião era unânime sobre não ser o consumo de maconha algo tão grave a ponto de indivíduos que a fumassem ou carregassem para uso próprio terem de ser processados. Nixon, então, lançou a guerra sem o apoio da comunidade científica⁵⁷.

Após exaustiva revisão e análise, os autores Zimmer e Morgan concluem sua obra com constatação ainda mais simbólica:

Mais de 70 milhões de americanos - 35% daqueles com mais de 26 anos de idade - já usaram maconha; um quinto ainda fuma maconha, ao menos ocasionalmente. A maconha é a droga ilícita mais amplamente usada nos Estados Unidos. Na verdade, é a única droga ilícita usada de forma ampla. Seu uso ocorre em todas as regiões do país, entre pessoas de todas as classes sociais, etnias, profissões, religiões e convicções políticas. Em certo sentido, o uso de maconha já faz parte da cultura normal da população. **O que torna a maconha elemento de desvio é a sua contínua criminalização.** (grifo nosso)

Nos dizeres de Becker⁵⁸ (2019, p. 24), “o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator”. Com base na ideologia político-criminal autoritária que funda a tese do direito penal do inimigo outrora mencionada, comprova-se que muito do conhecimento produzido acerca do consumo de drogas foi construído sob o ponto de vista do enfrentamento, do combate a um mal, tratando-se de uma lógica de aspecto negativo.

Em 2011 foi lançado o primeiro relatório pela Comissão Global de Política de Drogas, grupo de personalidades de destaque mundial, cujo objetivo era o de promover a discussão em nível internacional sobre os danos causados pelas drogas e os meios para sua efetiva redução,

⁵⁶ KLEINMAN, Robert A. MORRIS, Nathaniel P. *Rethinking the Criminalization of Personal Substance Use and Possession*. Article published online on 17 February 2021. Disponível em : <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11606-021-06628-5>> Acesso em 10 mai 2023.

⁵⁷ ZIMMER, L.; MORGAN, J. P. *Maconha: mitos e fatos - uma revisão das provas científicas*. Rio de Janeiro: Psicotropicus, 2010, p. 16-18.

⁵⁸ BECKER, Howard S. *Outsiders: estudo de sociologia do desvio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

com amparo em bases científicas. Compreendendo que a relação entre o comércio de drogas, a violência e a corrupção são uma ameaça à democracia, a Comissão reavaliou as políticas predominantes da “guerra às drogas” e iniciou um debate político na contrapartida ao revisar o fundamento, a efetividade e as consequências da questão, avaliar os riscos e os benefícios das diversas respostas dos países ao problema das drogas e desenvolver recomendações para uma reforma legal construtiva da política de drogas.

A constatação do relatório indicou o que já vinha se mostrando notório, isto é, a guerra às drogas como política de criminalização visando a redução de danos “fracassou, com consequências devastadoras para os indivíduos e sociedades ao redor do mundo”. Afirma, ainda, que os “recursos destinados à criminalização e às medidas repressivas orientadas aos produtores, traficantes e consumidores de drogas ilegais fracassaram eficazmente em reduzir a oferta ou o consumo”⁵⁹. Assoma em importância essa Comissão quando verificamos que seus membros eram exatamente os mesmos dignitários que implantaram em escala mundial, a política conhecida como “*war on drugs*”, e que, agora, reconhecem seu fracasso reivindicando a revisão, tais como o ex-presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso, o ex-presidente da Colômbia César Gaviria Trujillo, ou o ex-presidente mexicano Ernesto Zedillo, entre outras personalidades de destaque, como artistas, intelectuais, juristas e empresários latino-americanos.

Esta Comissão elaborou alguns princípios, encaminhados à Organização das Nações Unidas (ONU), como diretrizes alternativas à atual política de criminalização das drogas, os quais entende-se de extrema importância para o presente trabalho, já que resumem o cenário de descriminalização da conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, sendo tais recomendações as seguintes:

1. Acabar com a criminalização, a marginalização e a estigmatização das pessoas que usam drogas mas que não causam nenhum dano a outros;
2. Incentivar os governos a tentarem modelos de regulação legal das drogas a fim de eliminar o poder do crime organizado e para salvaguardar a saúde e a segurança dos seus cidadãos
3. Oferecer serviços de saúde e tratamento aos que deles necessitem, de acordo com o caso concreto, inclusive com a implementação de medidas de redução de danos, como o oferecimento de seringas descartáveis;
4. Respeitar os direitos humanos das pessoas que usam drogas, abolindo as práticas abusivas praticadas em nome do tratamento, como o trabalho forçado, a internação forçada ou abusos físicos e psicológicos;

⁵⁹ Informações retiradas da página oficial da Comissão Global de Política de Drogas. Disponível em: <<https://www.globalcommissionondrugs.org/>> Acesso em 02 mai de 2023.

5. Focar as ações repressivas nas organizações criminosas violentas, mas fazê-lo de maneira a eliminar seu poder e seu alcance, enquanto dá-se prioridade à redução da violência e da intimidação;
6. Investir em atividades que possam prevenir, em primeiro lugar, que os mais jovens usem drogas e prevenir que aqueles que já usem possam desenvolver problemas mais sérios;
7. Começar a transformação do regime mundial de proibição das drogas, repensando as políticas e estratégias movidas apenas por conveniência e ideologia política;
8. Por fim, romper o tabu sobre o debate e a reforma. Agora é tempo de mudar.

Tais recomendações datam de 2011, o que simboliza que a discussão em nível global ultrapassa uma década, elucidando o porquê da temática ainda causar tanta polêmica, ao passo que em deliberada teimosia e arbitrariedade política, os agentes institucionais, tais como os juízes e desembargadores das varas de direito criminal ou os Ministros dos Tribunais Superiores, bem como os senadores e deputados das casas legislativas, insistem em procriar a criminalização das drogas, sem conceder a devida atenção ao grito de socorro de uma sociedade declaradamente usuária de drogas, oportunizando tanto a falta de regulação legal a fim de salvaguardar o direito à liberdade, intimidade, autodeterminação e saúde dos indivíduos no uso de substâncias ilícitas, quanto quase que incentivando a perpetuação da existência de grandes organizações criminosas dedicadas ao crime de tráfico de drogas.

A partir da falsa ideia de proteção da saúde pública vendida para legitimar a guerra contra as drogas tidas como ilícitas, mascaram-se os males da criminalização, pois quando a exploração de substâncias psicoativas e matérias primas se funda na ilegalidade não há como impor-se um controle de qualidade sobre aquilo que é consumido pelo usuário, devendo ser esta a preocupação já que o porte para uso pessoal de diversas substâncias está inegavelmente difundido mundo afora, é cultura milenar. O processo de criminalização potencializa o uso de produtos do narcotráfico adulterados, impuros e/ou com capacidade lesiva desconhecida. Além disso, ao se manter o consumo na clandestinidade, a informação e a assistência médica são deixadas à margem, o que só torna os usuários ainda mais vulneráveis.

3.2. Política Criminal de Drogas - Aspectos Socioeconômicos e Culturais do Crime de Uso e Porte de Drogas para Consumo Pessoal

O fato criminoso e as agências de controle penal são produtos culturais. O que torna o cenário preocupante no Brasil é a violência gerada pela política de guerra às drogas ainda muito presente no enredo da sociedade civil e jurídica, bem como quanto a aspectos mais objetivos,

como a superlotação dos presídios causada pelo encarceramento em massa de indivíduos envolvidos com uso e comércio de entorpecentes, na sua grande maioria moradores de regiões periféricas e de pele preta ou parda. É nessa toada que se procura delimitar algumas temáticas determinantes para a compreensão sobre o verdadeiro impacto que tem a criminalização do porte e uso de drogas na prática, as quais estão diretamente ligadas a disseminação de preconceitos e perpetuação do estigma social.

A política criminal, considerada não apenas como política estatal de luta contra o crime, mas como ideologia política que orienta o controle social punitivo, é definida por Zaffaroni (1997, p. 132) como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”⁶⁰. De modo geral, como ciência do “ser”, a política criminal representa a criação de estratégias de cunho penal e não penal visando o controle da violência e dos conflitos, sendo que o próprio Direito Penal é uma destas estratégias.

Parte do que se estuda em políticas criminais é, portanto, os movimentos, avanços, as influências e estímulos das leis penais frente às suas motivações. No caso das drogas, envolve a análise da linha do tempo de todos os trâmites legislativos da criminalização e ou descriminalização, mas também, em aspectos mais práticos, o que é proibido em termos de entorpecentes. Por estas razões que muitos autores entendem tratar-se a Lei de Droga de um bom exemplo ao falar em política criminal, pois não só discute penalidades e criminalização ou não de condutas, como em seu texto dispõe sobre outras medidas e reflexos, caracterizando-se por uma lei ampla, por isso falar em multidisciplinaridade.

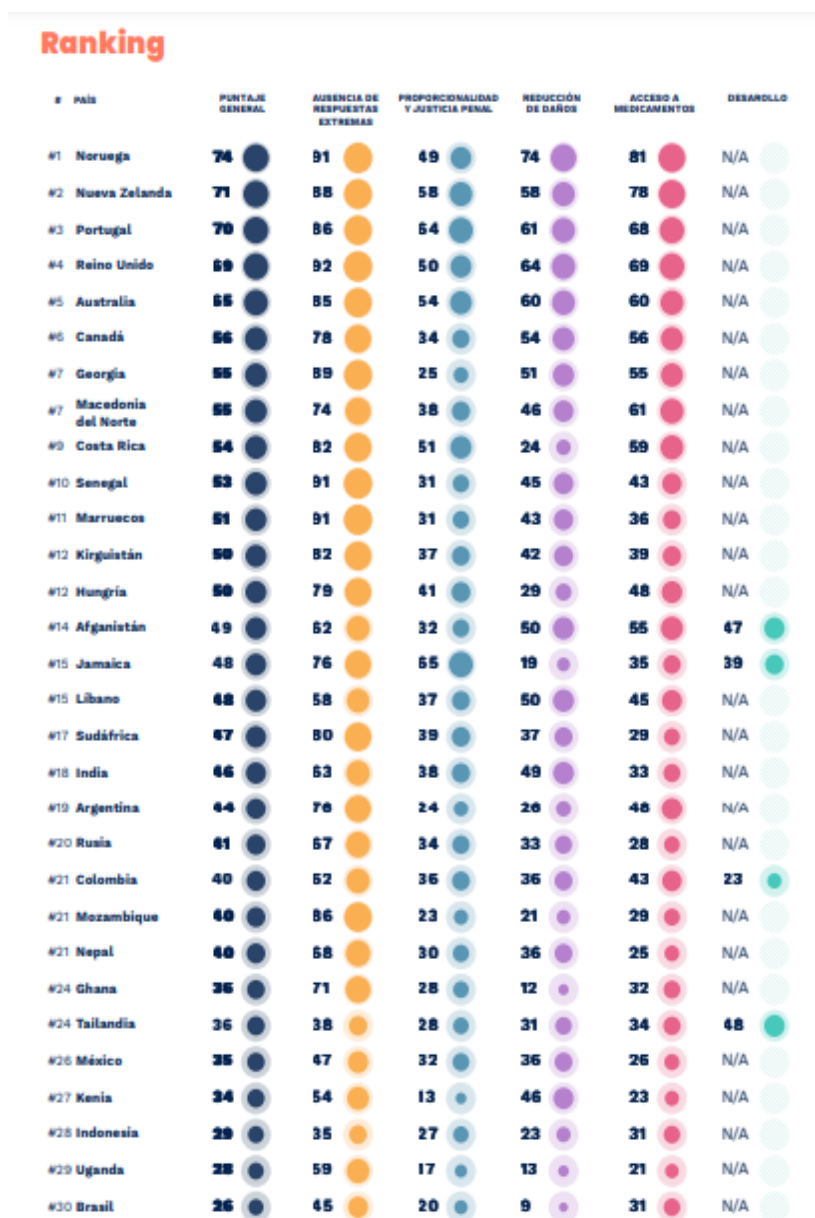
Não se trata de uma política com base apenas em dados, mas de uma instância de esclarecimento e de implementação de ideias de gestão pública, por exemplo, pois para além de aconselhar, reflete a sociedade tal como ela é. Dessa maneira, a política criminal cobra dos seus operadores uma proposta através da qual se instalará uma sistematização sobre a questão.

Enquanto algumas práticas de uso de tóxicos atravessam um proibicionismo que perdura mais de um século, outras são estimuladas e louvadas diariamente por meio de comerciais televisivos, em horário nobre, sob a contratação de milhões de dólares. Nessa mesma esteira, o usuário tem sua imagem estigmatizada e distorcida, pela mesma mídia inclusive.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 132.

O Índice Global de Política de Drogas (IGPD)⁶¹ é uma ferramenta que documenta, mede e compara políticas de drogas em âmbito nacional e atribui a cada país uma pontuação que revela em que proporção a política sobre as drogas e sua implementação se alinham com os princípios da ONU em matéria de direitos humanos, saúde e desenvolvimento. O Brasil ficou na última colocação entre 30 países, conforme ranking abaixo:

Figura - 01 - Índice Global de Política de Drogas:



⁶¹The Global Drug Policy Index 2021 - Disponível em: <<https://globaldrugpolicyindex.net/wp-content/themes/gdpi/uploads/GDPI%202021%20Report%20EN.pdf>> Acesso em 25 mai 2023.

(Fonte: The Global Drug Policy – Index)

Da interpretação, é possível identificar alguns pontos, tais como o fato da desigualdade se encontrar profundamente arraigada nas políticas globais sobre drogas tanto em nações desenvolvidas quanto naquelas ainda em desenvolvimento, já que a pontuação dos 05 países com qualificação mais alta equivale ao triplo dos 05 países com qualificação mais baixa, o que se deve em parte ao legado colonial do enfoque da guerra contra as drogas, política que foi adotada no Brasil.

Também, foi identificado neste índice que a sociedade civil e as comunidades afetadas seguem severamente limitadas de terem uma participação significativa nos processos de estabelecimento de políticas relacionadas às drogas. Por fim, percebe-se baixas pontuações para países que adotam políticas sobre drogas baseadas na repressão, quando em comparação a países como a Noruega que anunciou uma reforma histórica da política de drogas do país em 2021, visando a descriminalização da posse de entorpecentes no geral para consumo pessoal e foco no tratamento clínico dos usuários dependentes.

Nos Estados Unidos foi constatado que a partir da política criminal adotada, a reincidência é presente temática no âmbito das drogas, sendo que, através dos seus métodos de política criminal de drogas, entre mais de 120.000 indivíduos libertados da prisão por delitos relacionados a drogas em 30 estados entre 2005 e 2014, 84% foram presos novamente por qualquer delito e mais de 60% foram presos novamente por delitos relacionados a drogas em 09 anos⁶².

Já no Brasil, a Lei de Drogas tem como principal impacto a questão que pode ser enxergada como um marco institucional. De acordo com o editorial da edição nº 366 do Boletim de maio de 2023 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)⁶³, é fenômeno indispensável à discussão de crime e drogas, o “racismo, que atravessa o funcionamento dos órgãos de segurança pública e, se essa é sua face mais aparente, não devemos descuidar de como as outras instituições do fluxo da justiça criminal convalidam as más práticas que orientam aquelas agências (...), sendo urgente uma mudança de paradigma sobre a questão racial

⁶² Alper M, Durose MR, Markman J. 2018. *Update on Prisoner Recidivism: A 9 year follow-up Peiordo* (2005-2014). U.S. Department of Justice. Bureau of Justice Statistics: 2018. Available from: <http://pew.org/2tszeZl>.

⁶³ IBCCRIM. *Racial Profiling*, Novas Tecnologias E Racismo Estrutural. 2023. Disponível em <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/791/9119?utm_campaign=boletim_maio&utm_medium=email&utm_source=RD+Station> Acesso em 25 mai 2023.

a partir da própria Suprema Corte.” Ainda, conforme o IBCCRIM⁶⁴ destacou no editorial nº 360 deste Boletim, “é questão central na luta antirracista o combate à violência institucional contra a população negra, manifestada em abordagens policiais discriminatórias, nas grandes operações policiais em favelas, no reconhecimento direcionado de pessoas e na política de guerra às drogas, que têm como consequências nefastas o encarceramento massivo e o genocídio de pessoas negras”. Proibicionismo é, pois, racismo.

Neste boletim, o IBCCRIM descreve a situação narrada no Boletim de Ocorrência por policiais militares ao abordarem um indivíduo condenado mais tarde por tráfico de drogas, art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Frisa-se que, essa é a descrição que se encontra, como se fosse um padrão, em diversas hipóteses de registros da atuação policial quando o assunto é drogas, descrevendo-se a cor da pele do indivíduo abordado como um fator de estímulo da abordagem policial. Veja-se:

Um homem parado ao lado de um carro em via pública poderia ser apenas o que estas palavras descrevem, desde que esse homem não fosse um homem negro. Francisco Cícero dos Santos Júnior é a prova disso. Abordado pela polícia durante um “patrulhamento de rotina”, foi avistado e descrito como “um indivíduo de cor negra que estava em cena típica de tráfico de drogas”. Nenhuma outra característica foi empregada para descrever Francisco, porque a epiderme preta é o gatilho que impulsiona e legitima o aparato repressivo estatal. Assim, ele foi conduzido e preso para, em seguida, ser denunciado e condenado por tráfico de drogas. Em linhas gerais, esse é o pano de fundo do julgamento que se iniciou no dia 1º de março deste ano, perante o Supremo Tribunal Federal, por força da impetração do HC 208.240 pela Defensoria Pública de São Paulo.

Os dados sobre encarceramento no Brasil são divulgados recorrentemente. No final de 2022, o Sisdepen (Sistema Nacional de Informações Penais)⁶⁵, por meio de relatório, contabilizou 68% (sessenta e oito por cento) de pretos e pardos nos estabelecimentos prisionais, reiterando a inegável sobre representação, já que elas são 56% da população geral. Não são apenas números, mas o reflexo de uma ilusória hierarquização e da violência exercida contra pessoas de pele preta, decorrente da força dos agentes de Estado. O porquê da relevância destes dados, é que estão diretamente conectados ao índice de prisão com base na tipificação legal. Tanto a população negra representa o maior número de pessoas encarceradas, desde sempre, quanto a Lei de Drogas encontra-se em 2º lugar na posição de maior encarceramento com base

⁶⁴ No campo político e social, o debate antiproibicionista avançou e merece o IBCCRIM destaque, no plano nacional, por ter assumido posição institucional acerca da necessidade de revisão integral do modelo proibicionista e a adoção da legalização controlada como política criminal para a produção, distribuição, comércio e uso pessoal de drogas.

⁶⁵ Secretaria Nacional de Políticas Penais - Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário - Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>> Acesso em 20 mai 2023.

no tipo penal, ou seja, há maior incidência de envolvimento com o sistema prisional aqueles indivíduos de pele preta e que rodeiam o mundo das drogas.

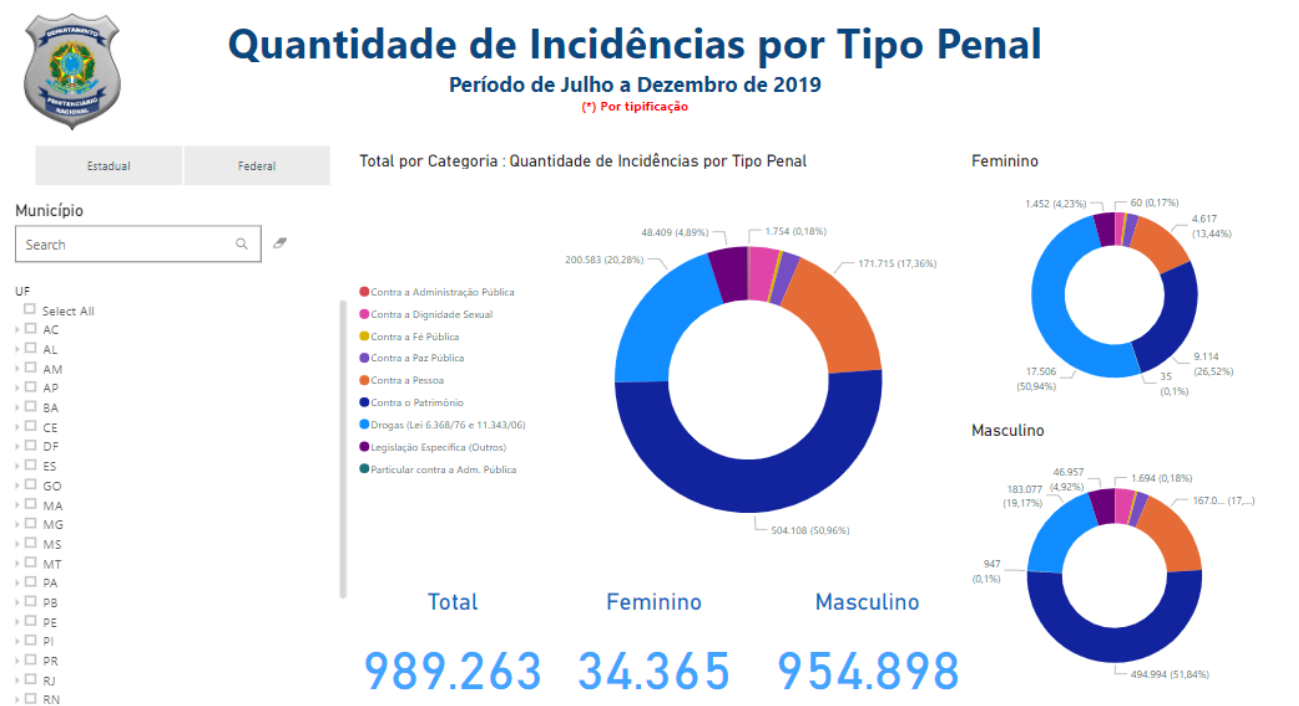
Já é mais do que sabido que o sistema carcerário brasileiro se encontra em estado de coisas inconstitucionais, haja vista a situação degradante de grande parte dos presídios, o que representa um quadro de violência de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais e da falência das políticas públicas que vêm sendo empenhadas. A taxa de superlotação carcerária no Brasil é de 166%⁶⁶.

A Lei de Drogas é o segundo principal vetor encarcerador no Brasil, sendo que no caso de prisão de mulheres o índice é ainda maior. Considerando as bases de Julho a Dezembro de 2019 e de 2022, seguem os dados alcançados pelo Departamento Penitenciário Nacional em Levantamento de Informações Penitenciárias⁶⁷ divulgados pelo Governo Federal, os quais demonstraram tratarem-se os crimes decorrentes da Lei de Drogas ocupantes do 2º lugar de maior número de prisões no Brasil, 20,28% e 27,75%, respectivamente:

⁶⁶ Cf. -“Sistema Prisional em números” do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>> Acesso em 20 mai 2023.

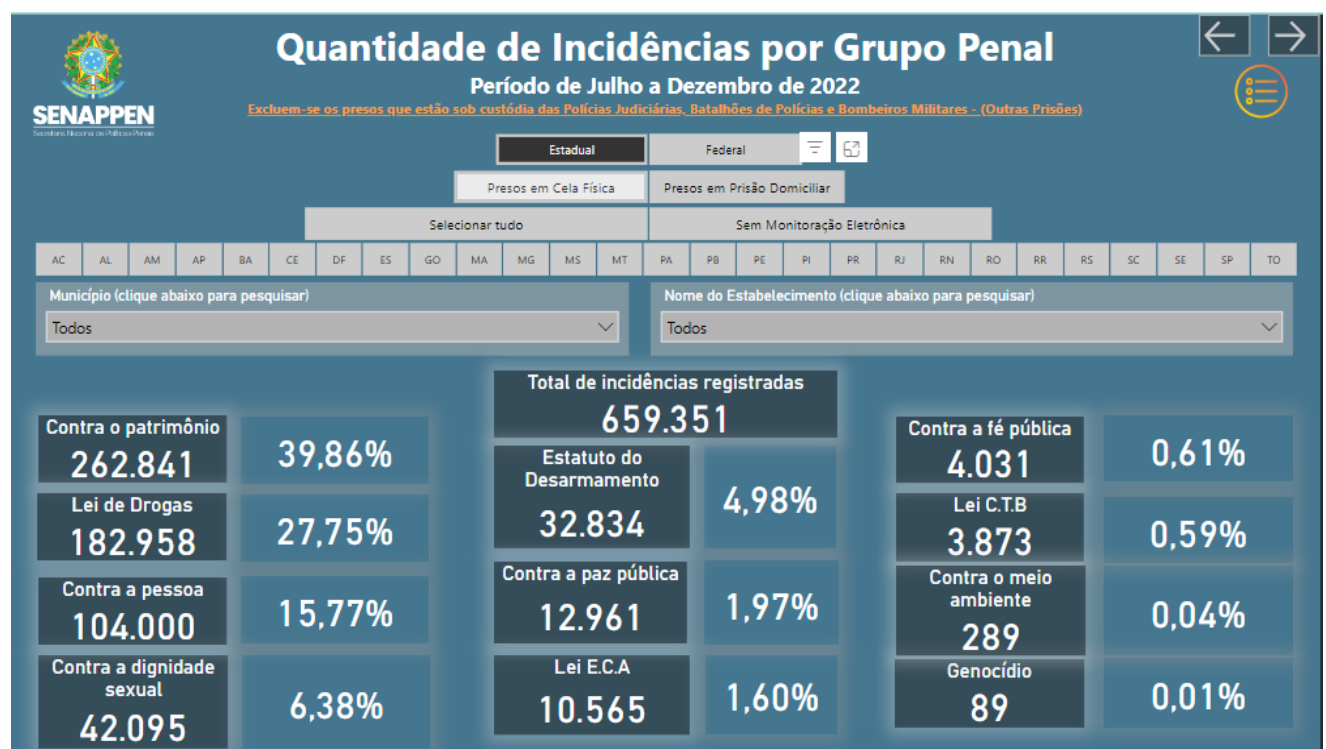
⁶⁷ Governo Federal - Departamento Penitenciário Nacional - Levantamento de Informações Penitenciárias: 2019 e 2022. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>> e <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjBhODYxYjAtOWJmNC00Mzg1LWI5ZWEtNzA4NTk1NGNhZWYyIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectiond75a46556bea50b9b57>> Acesso em 01 mai 2023.

Figura 02 - Gráfico de incidência prisional por tipo penal 2019 - Lei de Drogas (azul claro):



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (2019).

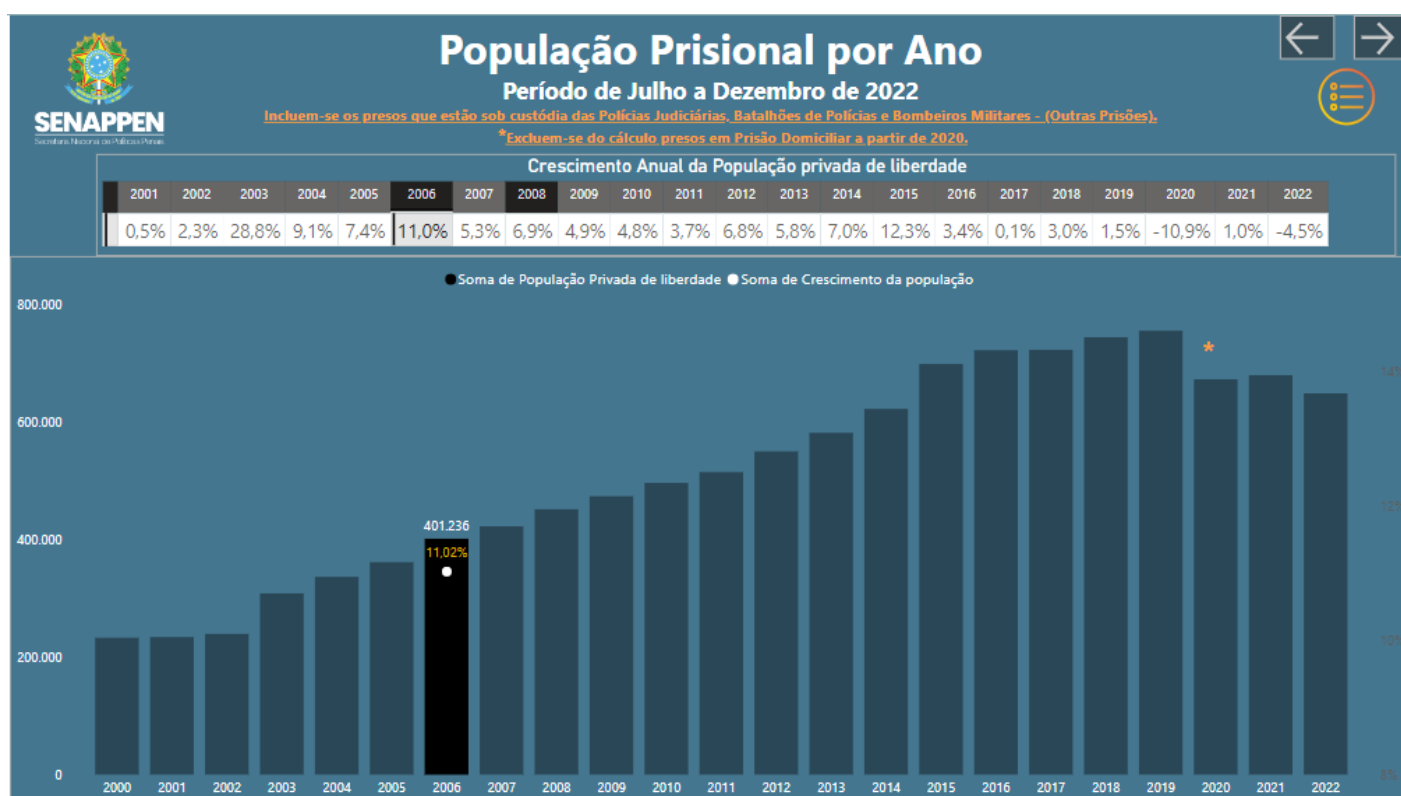
Figura 03 - Mapa de incidência prisional por tipo penal 2022 - Lei de Drogas



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (2022).

Outro dado que merece destaque, é o índice de População Prisional por Ano com base na soma da população privada de liberdade em detrimento da soma do crescimento populacional, o que evidenciou que o ano de 2006, o mesmo da promulgação da Lei de Drogas em análise, registrou a 2ª maior porcentagem de crescimento anual da população privada de liberdade no intervalo de vinte e dois anos, veja-se na imagem abaixo:

Figura 04 - Gráfico de Crescimento Anual da População



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (2022).

Reforça Maria Lúcia Karam (2007, p. 190) que o fracasso da política de drogas da ONU chegou a ser atestado pelo próprio organismo internacional:

No campo das drogas qualificadas de ilícitas, é a própria ONU que aponta para o inegável fracasso na obtenção do inviável — e, na realidade, indesejável — objetivo explícito de construir “um mundo sem drogas”. Em seu relatório de 2005, divulgado em Viena em 29 de junho daquele ano, o Escritório das Nações Unidas para as Drogas e Crimes (UNODC) afirmava que o uso de drogas em todo o mundo crescera cerca de 8% em relação ao ano anterior, crescimento este liderado pela cannabis. Segundo o relatório, cerca de 200 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos — 5% da população mundial nessa faixa etária — teriam usado drogas ilícitas nos últimos doze meses e seu mercado, movimentando em torno de 320 bilhões de dólares, superaria os produtos internos brutos de 90% dos países. Atestava, assim, a ONU que, depois de quase meio século de aplicação de suas convenções, **a circulação mundial**

das proibidas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, não só não teria se reduzido, como, ao contrário, teria aumentado. (grifo nosso)

René Dotti⁶⁸ diz que a “Política Criminal e o Direito Penal atuam como *vasos comunicantes* da realidade social”, pelo que se conclui que a ideia jurídica de crime imposta ao porte de drogas para consumo pessoal não passa de uma escolha de política criminal, orientada por diversos valores e interesses provenientes dos agentes detentores de poder que promoveram um conceito por trás da norma criminalizadora.

Pensar política criminal é pensar a forma como queremos trabalhar a questão, o que vai motivar o plano de ação estatal, não afunilando-se a um casuístico, mas partindo da visualização do todo. A título de exemplo, o que se considera nulidade relativa ou nulidade absoluta tem ligação direta com a ideia dada ao trato penal. O que o Estado comunica ao aumentar ou diminuir uma pena? Da mesma forma, o que comunica à população ao criminalizar ou descriminalizar uma conduta?

A política criminal deve ter por cultura aquela que visa além da mera resolução do conflito, diferentemente de outras áreas da ciência jurídica que possuem esse dever como essência. No Direito Penal parte-se do princípio de que seu trâmite legal conte com valores morais éticos e constitucionais para a implementação das políticas públicas pretendidas.

De todo modo, o que parece é que a política criminal que vem sendo adotada atualmente em nosso país ainda lida com algumas questões de segurança pública como se estivéssemos na década de 1940, ano em que data o Código Penal Brasileiro, de modo que, por tratar-se de direito difuso, no caso da Lei de Drogas, não deveriam as estratégias estarem voltadas ao combate dos crimes estipulados como se de varejo o fossem, pois assim não estariam usuários e traficantes no mesmo balaio.

Infelizmente, ainda não é possível identificar como a política criminal repressiva posta está agindo em prol da saúde pública, que de fato é o bem jurídico tutelado no caso do art. 28 da Lei de Drogas, pois vem demonstrando estar demasiadamente preocupada com o quanto relacionado ao bem jurídico tutelado da segurança pública, como é o caso do art. 33 da mesma lei, referente ao tráfico, ao passo que, ao invés dos operadores do direito buscarem exercer uma política que cuide de atingir os sujeitos ativos de crimes que contribuem e sustentam a perpetuação de um contexto extremamente delicado, como as voluptuosas lavagens de dinheiro e a corrupção, preferem percorrer o caminho mais curto, atingindo pequenos traficantes comerciantes.

⁶⁸ DOTTI, René. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Fato é que, algumas vezes, pode haver situações em que usuários sejam facilmente confundidos com indivíduos que se valem do comércio de drogas, isto porque a política criminal aplicada, como já dito, está arraigada de pré-conceitos e desprovida de parâmetros jurídicos eficientes. Então, a depender do local onde se dá a abordagem policial quando da situação do flagrante, isto é, tratando-se da descrição comumente utilizada pela polícia nos registros de boletins de ocorrência em Delegacia, em que descreve-se a justificativa da abordagem a partir de “local conhecido pela prática de tráfico de drogas”, é possível identificar um perfilamento selecionado pelos órgãos persecutórios que tem por fim a exclusão de pessoas marginalizadas da sociedade por sua identificação social, econômica, cultural ou racial.

Apesar das evidências sugerirem que tanto pessoas brancas quanto negras fazem uso de substâncias ilícitas em taxas comparáveis, Robert Kleiman, em artigo já referendado, asseverou que ser preso pode ser assustador, estigmatizante e potencialmente fatal. Além disso, uma prisão pode iniciar uma sequência em cascata de envolvimento legal que pode perpetuar ainda mais as desigualdades raciais com base em políticas criminais preocupadas com: fiança que determinam quem é detido antes do julgamento, decisões de acusação dos promotores, financiamento inadequado e escassez de defensores públicos e disparidades nas sentenças, aspectos do sistema de justiça criminal que podem afetar desproporcionalmente minorias.

Por isso, a intenção deve ser a de retirar o art. 28 da Lei de Drogas da tutela penal como um todo, já que se trata de questão de saúde, e passar a pensar políticas criminais eficientes com o foco em conter o tráfico ilícito de drogas realizado por organizações criminosas de grande proporção, orquestrada por agentes que, estes sim, por meio de práticas que atentam contra bens jurídicos patrimoniais, ferem a segurança pública.

É dizer, portanto, que a problemática abordada pela política criminal de drogas hoje no Brasil, pode ser discutida sobre duas perspectivas: a da saúde pública, no âmbito restrito do usuário, de acordo com a alteridade, ou então a de coibir o tráfico, quando se passa a pensar em crime contra o patrimônio e consequentemente, o alvo não mais serão os pequenos traficantes, muitas vezes usuários também, mas sim os agentes que estejam mais ao topo do esquema da comercialização de drogas.

Em Caderno Oficial publicado em 2021 - “Direitos Humanos - Política de drogas” - a Defensoria Pública de São Paulo⁶⁹ sugere uma política criminal, na qual o poder público, por

⁶⁹ EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Direitos Humanos Política de drogas* - Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - v. 6 n. 28 2021. Disponível em:

seus agentes, deverá atuar também conforme os ditames da “redução de danos, inclusive, quando necessário, com prescrição, ministração, entrega e fornecimento de drogas a usuários” (2021, p. 31). Assim, a Lei de Drogas elenca princípios e diretrizes das atividades de prevenção, em seu art. 19, como representação de uma das políticas criminais que se pretende, mencionando, por exemplo, “o reconhecimento do ‘não-uso’, do ‘retardamento do uso’ e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados”.

Assim, é certo que as cenas de uso de drogas devem receber especial atenção do poder público por reunir uma situação de extrema vulnerabilidade social. A Defensoria Pública de São Paulo acredita que a “saída para esse problema é justamente buscar a união entre o atendimento de saúde e a assistência social com respeito aos usuários e frequentadores desses espaços” (2021, p. 37). E, para executar essa solução, apostam na possibilidade prática e, além disso, urgente, de trazer para as cenas de uso, uma “estrutura similar às salas de consumo móveis, que possam assim oferecer o suporte médico, sanitário e assistencial necessário, com muito mais eficiência no contato e adesão desta população”.

Assim, pensando em motivações e formas variadas de se aplicar uma política criminal, apesar da solução sugerida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo parecer, para muitos, utopia ou até loucura diante do cenário atual, fato é que a lei expressamente dispõe sobre mecanismos de prevenção e redução de danos aos usuários, de modo que, aprofundando a sua análise interpretativa, é possível falar em aplicação prática dos princípios, previstos em seus dispositivos, em relação às cenas de consumo assistido de drogas que podem se concretizar por meio de “prescrição, ministração, entrega e fornecimento de drogas pelo poder público, com o devido amparo e desenvolvimento de políticas públicas municipais com este fim” (2021, p. 37).

Maronna (2022, p. 370 e 371), ao refletir sobre as políticas de prevenção, classificando algumas delas como de “alta visibilidade e baixo impacto”, aponta que já existe um consenso sobre a ineficácia das estratégias de prevenção que vêm sendo utilizadas, com base no senso comum e na experiência de ex-usuários, contendo neste processo estigmatização por meio da figura de um indivíduo que possua doenças mentais por utilizar determinada substância. Nesse

sentido, cita Dênis Roberto da Silva Petuco⁷⁰, cientista social que estudou a questão da luta antimanicomial, outro fenômeno decorrente de uso abusivo de substâncias, transcrevendo-se para fins de meditação, a seguir:

Só há dois discursos autorizados às pessoas que usam drogas: os discursos desesperados e os discursos heróicos. São esses os discursos que veremos transitar com liberdade em inúmeros contextos: nos depoimentos, nas entrevistas, nas reportagens, nas palestras e nos filmes sobre drogas. Os discursos desesperados nos falam da ausência de perspectiva, da busca por tratamento, do desejo de ser parado por algo externo, já que a pessoa se diz impotente diante de sua própria vontade; já os discursos heróicos nos falam do vitorioso, daquele que derrotou as drogas e que superou a própria vontade. Talvez seja justamente por isso que um discurso como o de Caho Lopes seja tão raro: um discurso que não é autorizado às pessoas que usam drogas, mas entre essas mesmas pessoas. Um discurso minoritário que interroga o modelo manicomial com vigor (...).

A política criminal que visa bons resultados deve levar em consideração o orçamento público que se gasta para sua implementação, sendo que no caso das políticas contra as drogas acredita-se haver desproporção, ainda mais quando em comparação aos setores da educação, habitação e assistência social, por exemplo, devendo o Estado buscar investir mais em direitos sociais do que em prisões e modelos autoritários de polícia. Por isso, é necessário aprofundar a reflexão sobre os custos financeiros, éticos e políticos de uma estratégia estatal que tem como principais legados a produção de mortes e sofrimento, podendo estar associadas a má utilização vultosa das parcelas importantes dos recursos públicos. É dessa maneira que Cristiano Maronna contribui com o entendimento sobre a falha na política atual de drogas no Brasil (2022, p. 209):

A ideia segundo a qual as drogas podem ser controladas por meio de uma guerra ou da prisão massiva de todos os comerciantes da extensa cadeia de produção, refino, coleta, distribuição e comércio de substâncias psicoativas tornadas ilegais não passa de quimera irrealizável, cujo custo é cobrado em **perdas humanas, econômicas e sociais**. (grifo nosso)

A discussão sobre política criminal de drogas deve ser resgatada pelas Faculdades de Direito Brasil afora, como forma de propiciar um exame jurídico da realidade social e dos efeitos das leis proibicionistas, que são aplicadas cotidianamente pelos operadores do direito de forma acrítica, legitimando uma estrutura de violência de Estado.

⁷⁰ PETUCO, Dênis Roberto da Silva. “Pra não dizer que não falei de drogas: o cuidado de pessoas que usam drogas e a luta antimanicomial”. In: SANTOS, Loiva Maria de Boni (Coord.). Outras palavras sobre o cuidado de pessoas que usam drogas. Porto Alegre: Ideograf / Conselho Regional de Psicologia do Rio Grande do Sul, 2010, p. 64.

3.3. Descriminalização - A Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas e o Julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 do Supremo Tribunal Federal

John Locke (2002, p. 105), em seu ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil, declarou o seguinte: “As coisas deste mundo mudam tão constantemente que nada fica por muito tempo na mesma condição. Assim, as pessoas, as riquezas, o comércio, o poder, mudam de lugar; cidades florescentes e poderosas caem na ruína e se tornam lugares pobres e desolados, enquanto outros lugares quase vazios passam a países populosos, cheios de riquezas e de habitantes. Mas nem sempre as mudanças apresentam simetria e coerência, e com frequência o interesse particular mantém costumes e privilégios mesmo quando já não há motivos para sua existência (...)”.

A grande potência econômica mundial que instituiu a famigerada Guerra às Drogas na década dos anos 80, quarenta anos depois, em 2022, anunciou o perdão a condenados por posse de maconha⁷¹. Como representação deste constante movimento em que se encontram as sociedades contemporâneas, Joe Biden, atual presidente dos Estados Unidos declarou que o perdão se restringe aos cidadãos que foram condenados criminalmente na esfera federal da Justiça americana, mas que vai pedir aos governadores dos estados que façam o mesmo. Escreveu, ainda, em suas redes sociais que ninguém deveria estar preso apenas por usar ou possuir maconha, já que mandar pessoas para a prisão por portar maconha arruinou muitas vidas e prendeu pessoas por conduta que muitos estados não proíbem mais.

E foi assim que, se lançando politicamente, inclusive ainda em momento de campanha presidencial, afirmou o presidente que os processos criminais por posse de maconha “impuseram barreiras desnecessárias ao emprego, moradia e oportunidades educacionais por causa do estigma de uma condenação criminal”. E “enquanto pessoas brancas, pretas e pardas usam maconha em taxas semelhantes, pessoas negras e pardas foram presas, processadas e condenadas em taxas desproporcionais”.

No Brasil, nem convence e não faz sentido juridicamente, o argumento defendido por alguns doutrinadores, ou apenas apoiadores da lógica punitivista, de que com o advento da Lei de Drogas de 2006 haveriam tido significativas mudanças no tratamento frente ao usuário. Por ter o porte de drogas para consumo pessoal, bem como a sementeira, cultivo ou colheita de

⁷¹ BBC News Brasil - Biden anuncia perdão a condenados por posse de maconha nos EUA. 2022. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63167115>> Acesso em 02 jun 2023.

plantas destinadas à preparação de drogas (art. 28, caput, e §1º), não mais incorrer em pena de prisão, estando-se diante da impossibilidade de falar em privação da liberdade nestes casos, instalou-se o senso comum de que não se considera mais o art. 28 um crime, mas uma infração *sui generis*. Ou seja, para muitos a nova Lei de Drogas teria descriminalizado a conduta da posse de droga para consumo pessoal, retirando-lhe a etiqueta de 'infração penal' porque de modo algum permite a pena de prisão.

Todavia, o Brasil que antes adotava um sistema bipartido de penas, crime e contravenção penal, passou a adotar um sistema tripartido, incluindo-se a infração *sui generis*; resumindo: crime será o delito com pena mais gravosa, infração penal o delito que permite pena mais simples e a infração *sui generis* que não impõe ao delito uma pena. Ora, é cediço reconhecer estar o usuário, por meio do art. 28, ainda sujeito a tipificação criminal, sendo incontroverso, também, que há de fato uma pena imposta ao delito, ainda que alternativa as de detenção e reclusão, de modo que a mudança da legislação de 1976 para a vigente não apresentou coerência ou simetria sob a perspectiva da tentativa do legislador em inovar no formato da pena, deixando subentendido ter a conduta deixado de ser crime, porém perpetuando a punição no âmbito penal.

Só de estar a conduta tipificada em legislação penal especial, entende-se pela abordagem criminal para lidar com a questão, sendo complicado aferir que haveria ocorrido descriminalização quando apenas se demonstra um grau menor de reprovação da conduta.

É o que reverencia o ilustre ex-Ministro Sepúlveda Pertence em julgamento de questão de ordem em Recurso Extraordinário nº 430.105 de 2007⁷², no qual se discutiu exatamente sobre a natureza jurídica do crime de posse de droga para consumo pessoal. Assim, haja vista que a Lei de Introdução ao Código Penal - Decreto-lei nº 3.914/1941 - em seu art. 1º, considera como crime a infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, o ex-Ministro asseverou que se limitou a estabelecer um critério de distinção entre crime e contravenção penal, não obstante que a lei ordinária superveniente adote outros critérios de distinção ou estabeleça penas diversas da restrição ou privação de liberdade. Apesar disso, confirma que a Lei de Drogas de 2006 não implicou em *abolitio criminis* e, portanto, houve a ocorrência de

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma) - Recurso Extraordinário nº 430.105-9. Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>> Acesso em 01 jun 2023.

“despenalização” na conduta do usuário, entendida como exclusão de pena privativas de liberdade.

Nesse sentido, são três as correntes que discorrem sobre a natureza da infração penal prevista no art. 28 da Lei de Drogas. Primeiro, aquela que entende que houve a descriminalização formal, pois teria cessado o caráter criminoso do fato e, ao mesmo tempo, despenalizado a conduta, evitando-se a pena de prisão para o usuário de droga. A segunda corrente é apontada como o ideal pela maioria da doutrina e consubstanciada pelos Tribunais Superiores, isto é, pela defesa da tese de que não houve descriminalização, mas somente despenalização moderada (RE 430.105 QO/RJ - Plenário do STF). Em terceiro lugar está a corrente que sustenta ter havido descarcerização/desprisionalização.

De certo que, apoia-se a segunda corrente apresentada, tendo em vista que a mudança diz respeito única e exclusivamente à questão da pena, mantendo-se o caráter criminalizante e estigmatizante do usuário de drogas, principalmente em regiões menos desenvolvidas do país. É possível identificar estes aspectos por meio de simples despachos de autoridades judiciárias, donde se nota o “cópia e cola” na hora de embasamento fático, por exemplo, decisões de conversão da prisão em flagrante em preventiva a partir de descrições como a do local onde se deu o flagrante (na grande maioria das vezes em regiões de comunidades periféricas ou no centro da grande metrópole), a da aparência física do indiciado, bem como quanto ao seu comportamento “suspeito” ao ver os policiais se aproximando.

Despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena. Para Luiz Flávio Gomes⁷³, a descriminalização pode ser assim elencada:

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente. (grifo nosso)

Para Hulsman⁷⁴, a descriminalização se conceitua como:

(...) o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas comentada. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁴ HULSMAN Apud CARVALHO, A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 171.

competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um **ato legislativo** ou de um **ato interpretativo** (do juiz) (HULSMAN Apud CARVALHO, 2014, p. 171). (grifo nosso)

Sendo assim, a título de exemplificação de política criminal falha na prática, o que leva as discussões sobre descriminalização, colaciona-se abaixo alguns trechos de decisões fundamentadas pela prisão preventiva a partir da suspeita do cometimento de tráfico de drogas, sendo que é inegável que alguma porcentagem destas prisões pudessem ser advindas de indivíduos usuários, não pelo mero presumir, mas porque o legislador, a doutrina e/ou a jurisprudência ainda não desenvolveram políticas estratégicas que utilize mecanismos eficientes para diferenciação do traficante frente ao usuário, possibilitando que juízes legislem e fundamentem sua decisão em opiniões próprias, como sobre qual a quantidade necessária para a confecção de um baseado de maconha. Vejamos:

No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de TRÁFICO DE DROGAS (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga. Consta dos autos, em breve síntese, **segundo os Policiais responsáveis pela prisão**, que "realizavam patrulhamento de rotina em uma **região conhecida pela prática de tráfico de drogas, quando avistaram um indivíduo em cima de um muro e decidiram abordá-lo, pois tentou correr ao avistar a viatura**. Em revista pessoal, localizaram 68 (sessenta e oito) porções de substância aparentando ser "crack", 24 (vinte e quatro) porções de substância aparentando ser maconha, e R\$ 80,00 (oitenta reais) em espécie." **Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é suficiente para a mercancia.**

(...) além da diversidade de drogas na posse da paciente, nos **depoimentos dos Policiais, que informaram que o local da apreensão das substâncias ilícitas e da prisão da paciente é notório como de venda de drogas.**

(...) Neste aspecto, veja-se que **NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada**, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) – sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. **NÃO há ainda indicação precisa de endereço fixo** que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal.⁷⁵(grifo nosso)

Destaca-se que, antes da instrução do processo criminal, quando serão de fato analisadas as provas dos autos, no momento preliminar da prisão em flagrante, a palavra dos agentes policiais possui grande relevância, já que são estes quem procedem ao primeiro contato com o cometimento do ilícito, por meio das abordagens, dos cumprimentos de mandados de busca e

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Vara Plantão - Capital Criminal - Consulta Processual - Processo Digital nº 1515851-97.2023.8.26.0228. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=6C0003HIV0000&processo.foro=50&processo.numero=1515851-97.2023.8.26.0228>> Acesso em 01 jun 2023.

apreensão, etc., sendo que, ao descreverem o fato ocorrido, na audiência de custódia, a autoridade judiciária se utiliza deste depoimento para subsidiar sua decisão, já que se trata do único registro oficial do momento da prática infracional.

Para além disso, se a descrição dos fatos já afirma que se trata de local “conhecido pelo tráfico de drogas” sem dizer nenhum aspecto que demonstre isto, não há como negar o pré-julgamento feito pelos policiais na abordagem e agora pelo juiz na decretação da prisão preventiva. Avistar um indivíduo em cima de um muro é motivo de abordagem; e tem mais, se o indivíduo não comprovar ter moradia fixa ou emprego remunerado, o que grande parcela da população brasileira de fato não tem ou não consegue comprovar por haver expressiva informalidade de trabalho, também servirá de fundamento para indicar que, não tendo outra forma de sustento, estava traficando.

Outra vertente a se analisar em decisões como esta diz respeito ao aspecto da quantidade de drogas encontrada no momento do flagrante ou não, e que é utilizada para embasar a prisão. Se não veja-se:

Note-se que **a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos**, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), **em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo – com o que foi periciado e aferido pelo laudo seria possível fazer quantidade de porções que se mostra para além do necessário e ordinário ao consumo individual (indicando a finalidade de mercancia)**. Apenas a título de argumentação, anote-se que um cigarro de maconha é confeccionado com 0,5 a 1,0 g do entorpecente; uma fileira de cocaína é confeccionada com 0,100 a 0,125 gramas da droga, aproximadamente; e a pedra de crack tem em média 0,200 a 0,250 gramas (TJSP, ACr nº 0000152-73.2017.8.26.0286, Rel. Des. Damião Cogan, 5ª Câmara Criminal, j 26/10/2017). (grifo nosso)

Interessante notar, para não dizer revoltante, que, na mesma proporção, tanto a expressiva quantidade de entorpecentes encontrada quanto a baixa quantidade servem para justificar a privação da liberdade do indivíduo. Isto porque, diante de grandes quantidades não há como negar a traficância, enquanto diante de pouca quantidade, de acordo com os magistrados, parte-se do pressuposto de que se trata de forma por meio da qual o indiciado ludibria a realidade da traficância, ou seja, não há critério, nem dignidade.

De fato, o critério da quantidade de drogas encontradas com o indivíduo suposto infrator como elemento de fundamentação da decisão da prisão, deve ser tema mais presente nos ambientes acadêmicos e persecutórios penais, podendo fazer grande diferença para fins de separação entre usuários e traficantes, como veremos a seguir em decisão que decretou a prisão

preventiva, sob os exatos termos apresentados acima, mesmo diante de baixa quantidade de droga já reconhecida como menos prejudicial:

Trata-se, na hipótese, da apreensão de 2g de maconha e de 74,3g de haxixe.

Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo. **Assim, no caso em tela, os elementos até então coligidos apontam a materialidade e indícios de autoria do cometimento do crime de tráfico de drogas**, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa o patamar de 4 (quatro) anos. (grifo nosso)

Por essas e outras que se fala no impacto da Lei de Drogas de 2006, legislação a qual, tradicionalmente, é essencialmente punitiva, tendo sido recebida como um grande avanço pelo campo progressista ao despenalizar o porte de drogas para uso pessoal, com o objetivo de separar consumidores de traficantes, No entanto, Maronna (2022, p. 79) aponta que esta mesma lei aumentou para 05 anos a pena mínima de reclusão aplicável ao tráfico, além de não delimitar aspectos que pudessem contribuir com uma política de drogas mais justa. A respeito disso, ao citar Luciana Boiteux⁷⁶, Maronna aborda importantes dados obtidos de pesquisa desenvolvida no período em que entrou em vigor a nova legislação - “Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas”:

A expectativa a respeito da nova lei levou pesquisadores a campo para tentar compreender os efeitos concretos de sua aplicação. Em 2009, pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça, realizada pela Universidade de Brasília e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro analisou decisões judiciais nas cidades de Brasília e Rio de Janeiro sobre tráfico de drogas, proferidas no período de 18 meses a partir da entrada em vigor da nova legislação. Em síntese, identificou-se que o traficante médio capturado pelo sistema de justiça brasileiro era **homem, jovem, preso em flagrante, sozinho, com apenas um tipo de droga e em baixa quantidade**, fortes indicações de que se tratava basicamente de **pequenos varejistas**. O Poder Judiciário negou, em 80% dos casos, os pedidos para que essas pessoas respondessem ao processo judicial em liberdade.(grifo nosso)

Este estudo foi, inclusive, citado pelo Ministro Relator do Recurso Extraordinário que será mais a frente abordado, mencionando que, foram analisados dados referentes à abordagem policial e à quantidade de substância proibida que os presos carregavam. Em linhas gerais, o ministro frisou os seguintes aspectos:

Segundo a pesquisa, na qual foram examinadas 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de entorpecentes no período de outubro de 2006 a maio de 2008, por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das

⁷⁶BOITEUX, L. et al. Tráfico de Drogas e Constituição”. Série Pensando o Direito: tráfico de drogas e Constituição, nº . Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009, p. 99. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf> acesso em 01 jun 2023.

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 criminosas.** 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 antecedentes. **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 acusado⁷⁷. (grifo nosso)

Assim como o Judiciário constrói a imagem do traficante a qual justifica a necessidade da prisão cautelar em suas decisões, focalizando sua política criminal no varejo, o Legislativo, o Executivo e a sociedade civil constroem diariamente a imagem do usuário, que tem justificada a aplicação de medidas alternativas à prisão, preconceitos, estigmatização e registros legais quando do flagrante, pelo fato de estar colocando para dentro de seu corpo substância de seu conhecimento e escolha, mas não autorizada pela própria instituição Estado que permite a todos os indivíduos o uso de medicamentos tarja preta, álcool ou tabaco.

Duas grandes pesquisas foram realizadas de forma independente no Rio de Janeiro e em São Paulo sobre o tema. A primeira realizada pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro⁷⁸ demonstrou que apenas 1% das ocorrências policiais apreendeu mais de 10 quilos de maconha, 2 quilos de cocaína ou 1,3 quilos de crack, sendo esses números bem similares a pesquisa na capital paulista, mostrando ainda que a média das apreensões no período estudado foi de apenas 14 g de maconha e 23 g de cocaína, realidade quantitativa esta a do usuário de drogas. A pesquisa ressalta a extrema desproporcionalidade entre esforço e efetividade da atuação policial:

De um lado, dezenas de milhares de ocorrências com volume quase desprezível de drogas apreendidas, de outro, algumas poucas apreensões de volume relevante (...). Estamos falando de milhares de pessoas abordadas com volumes muito baixos de drogas em um crime cuja pena mínima é, em regra, de reclusão de cinco anos, e cujos acusados costumam aguardar o julgamento presos⁷⁹.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Rel. Gilmar Mendes. Voto de Gilmar Mendes, proferido em 20/08/2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em 01 jun 2023.

⁷⁸ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Panorama das apreensões de Drogas no Rio de Janeiro 2010-2016. Rio de Janeiro: ISP, 2016, p. 15. Disponível em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf>

⁷⁹ SOU DA PAZ. Apreensões de drogas no Estado de São Paulo; um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrência e massa. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2018, pp. 40. Disponível em: <http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_completa_drogas_sp.pdf>.

Não há mais como negar que o sistema penal tem provocado lesões massivas de direitos humanos, motivo pelo qual defende-se a necessidade de superação da chamada doutrina formalista do habeas corpus para se admitir a sua utilização coletiva, isto é, investir em mecanismos adequados para enfrentar o problema. A solução em uma única ação de caráter coletivo também resguarda o princípio da isonomia, evitando-se o tratamento diferenciado dos cidadãos pelo grau de acesso à justiça que cada um teve. Ademais, a inadmissão de ações coletivas diante da mesma problemática vem gerando uma multiplicidade de processos individuais, com o indevido congestionamento do Poder Judiciário e a consequente demora na resolução da questão que, reitere-se, será tratada sob a perspectiva meramente individual, e não sob o ângulo de um problema ou uma demanda coletiva e estrutural. Está mais do que na hora dos usuários de drogas obterem conjuntamente uma resposta com base na ética, segurança e tratamento eficaz por parte do Estado.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal já vem lidando com a questão desde 2014, em caráter de repercussão geral, sob o manto do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 interposto em 2010 pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo com o objetivo de buscar a absolvição por atipicidade da conduta do recorrente, que foi condenado a prestar dois meses de serviços à comunidade por portar três gramas de maconha para consumo pessoal. Trata-se do Poder Judiciário passando a questionar o Legislativo sob tema que, diante de altíssima demanda, a qual confunde-se ainda com a demanda do tráfico de drogas, está desamparada legalmente, permitindo interpretações de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, já que diversos indivíduos são diariamente submetidos a penas simplesmente por estarem fazendo usos de substâncias não autorizadas por este mesmo Estado que não parece considerar a inviolabilidade da vida privada dos seus cidadãos.

Referido Recurso Extraordinário trata da impossibilidade de se punir o agente por algo que faz em sua intimidade, em sua vida privada. Nas palavras do relator do recurso em seu voto, Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 3 e 40)⁸⁰:

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.
(...)

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em 01 jun 2023.

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.

É sabido que o direito penal é o instrumento mais rigoroso utilizado pelo Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos e, por este motivo, deve sofrer um controle de constitucionalidade ainda mais severo. Para se analisar, então, a proporcionalidade da norma penal que dita sobre a relação entre a proteção ao direito da saúde coletiva ou a inviolabilidade da vida privada do indivíduo, é imprescindível medir limites e parâmetros trazidos pela Constituição Federal Brasileira ao controle de constitucionalidade. São eles: controle de evidência, de justificabilidade e controle material de intensidade.

Neste aspecto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o legislador, ao criar o art. 28 da Lei de Drogas, não passou ileso pelo crivo do controle do 1º nível da evidência de constitucionalidade. Em linhas gerais, aponta que não há qualquer critério objetivo na diferenciação entre as condutas de tráfico de drogas (art. 33) e de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28), pelo que, na maioria dos casos, todos os infratores acabam classificados simplesmente como traficantes, sofrendo, assim, graves sanções o que, por si só, já levaria à inconstitucionalidade do artigo 28 da lei. Nessa perspectiva, alude Pierpaolo Cruz Bottini (2023):

Mas um alerta parece relevante: não basta ao STF apenas afastar do direito penal o uso de drogas. É preciso ir além e definir, com critérios objetivos, os casos de uso e de tráfico de drogas. A falta de uma distinção clara pode levar — como tem levado — à classificação de usuários flagrados com drogas como traficantes, tornando inócuo todo o esforço do Supremo em afastar o direito penal daquele que porta drogas para consumo próprio. (...) É uma oportunidade de enfrentar a desigualdade e o encarceramento em massa de forma racional e civilizada.

Na terceira fase do controle de constitucionalidade, o legislador adentra, de fato, ao exame da ponderação de bens e valores a serem efetivamente tutelados. Esse aspecto nada mais é do que o controle de constitucionalidade material em si, em que se analisará o conteúdo da norma propriamente dito. A propósito:

Do ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi essa norma introduzida no ordenamento jurídico. Constitucional será, então, aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces

fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de Constituição (LENZA, 2014, p. 86)⁸¹.

No RE 635.659/SP a discussão gravita em torno do confronto entre os seguintes direitos fundamentais: de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada. Como resultado que se espera obter, já que o julgamento está pendente pautado para o dia 21 de junho de 2023, a declaração de inconstitucionalidade ensejará na descriminalização da conduta tipificada pelo art. 28, afastando a incidência do direito penal sobre a vida dos usuários, fato esse que não impede a imposição de sanções de outra natureza, a exemplo das administrativas, como propôs o ministro relator em seu voto.

A descriminalização como um processo, representa uma mudança na lógica sistemática de repressão, havendo distintas formas de efetivação. Assim, vale mencionar sobre algumas dessas formas, sendo a primeira a descriminalização legislativa, que por sua vez, abarca algumas subdivisões: a descriminalização legislativa em sentido estrito (relativa à hipótese de *abolitio criminis*) e a descriminalização parcial, substitutiva ou setorial. A descriminalização legislativa em sentido estrito, geralmente, sucede a descriminalização de fato, tratando-se da hipótese na qual a sociedade não entende mais que aquele comportamento social deva ser qualificado como crime. Com isso, “o legislador, ao perceber a inadequação da permanência do tipo penal no cenário jurídico em decorrência da mudança dos comportamentos e dos signos da cultura, retira sua previsão como delito”⁸² (CARVALHO, 2014, p. 173).

Essa revogação parcial de uma lei ou de um tipo penal específico, conhecida como *abolitio criminis*, não ocorre com muita frequência. Conforme afirma Salo de Carvalho, se trate da “forma mais eficaz de minimização do sistema punitivo”, havendo uma tendência no sentido de manter os tipos penais incriminadores mesmo que eles estejam defasados frente à realidade social. De outro lado, a descriminalização judicial, de acordo com Salo de Carvalho, é resultado de uma postura não contemplativa, mas atuante do operador do direito frente às incongruências do sistema. Por meio dessa compreensão crítica, “cria-se espaço para construção de práticas judiciais de redução dos danos causados pelos processos de criminalização” (CARVALHO, 2014, p. 180).

Tendo em vista a função constitucional que visa obstaculizar o avanço do excesso punitivo, por se saber que o sistema repressivo pode exceder suas atribuições e causar danos

⁸¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva. 18ª ed. 2014.

⁸² CARVALHO, A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

por meio das "agências de punitividade", defende-se que a Carta Magna se apoia na ideia de uma "política criminal de redução de danos". Nesta lógica, o operador crítico do direito tem como ferramenta para mitigação do impacto do punitivismo exacerbado o "(...) controle de constitucionalidade difuso através da filtragem das leis penais e processuais penais ordinárias, operando, no caso concreto, descriminalização judicial" (CARVALHO, 2014, p. 191-192).

O relator Ministro Gilmar Mendes ressaltou que há diversos países que adotam medidas de mitigação dos resultados negativos da criminalização do usuário, conhecidas como “políticas de redução de danos e prevenção de riscos“. Entendeu que o processo de descriminalização em questão não deveria vir dissociado de políticas dessa natureza, dado que o campo de incidência passa do direito penal ao da saúde pública. Além disso, afirmou que a implementação de uma política de redução de danos difere-se da mera legalização.

Portanto, no RE 635.659, o Supremo Tribunal Federal, Corte máxima do Poder Judiciário e guardião da Constituição, admitiu, ao que parece pelos votos dos Ministros já proferidos em sessões do Plenário, que a descriminalização se mostra ser um importante passo no sentido de impedir a manutenção de uma norma no ordenamento jurídico em desconcerto com a Constituição e condizente com excesso punível.

O ministro Gilmar Mendes, como relator do Recurso Extraordinário 635659, foi o primeiro a proferir seu voto. Ao mencionar que não era a primeira vez que o dispositivo impugnado era trazido a julgamento pelo Plenário desta Corte, quando em 2007 fora levantada a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, já mencionada, observou o Ministro Gilmar que naquele caso discutia-se a possibilidade de extinção da punibilidade do fato já que a pena privativa de liberdade já não constava mais como sanção do art. 28. Contudo, o plenário do STF entendeu que a mera supressão da pena de cárcere (despenalização) não ensejava em desfiguração da “natureza penal” do porte de drogas para consumo pessoal (descriminalização), o que confirma a urgência em retirar esta conduta das mãos do direito penal em todas as instâncias.

Diferentemente do que se discutiu em 2007, a causa da discussão aqui é o questionamento sobre a conformidade do art. 28 com a Constituição Federal, não tendo por objetivo o debate acerca da natureza das medidas sancionatórias previstas na Lei de Drogas, mas a impossibilidade da criminalização da conduta prevista na norma impugnada.

Há, ainda, criminalização resultante da discricionariedade do legislador, dado que este possui uma “margem de ação“ no momento de dar comandos de natureza penal que visem a proteção a bens jurídicos fundamentais. Contudo, disse Gilmar Mendes, essa discricionariedade

deve ser sempre fundada no princípio da proporcionalidade, sob pena de configurar “excesso de poder legislativo” - por isso falar em excesso punível no caso da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

No controle de evidência, observou o Ministro Relator que o legislador fez uma diferenciação legal entre o traficante e o usuário de drogas, conferindo tratamento penal diferenciado a cada um fundada na finalidade da conduta, que porém não foi eficaz para os fins que se propunha, quais sejam, “prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”. Disse que a ausência real de atenção frente a medidas voltadas para saúde e reinserção social refletem o quão incongruente é a política de drogas atual.

Asseverou, também, que as disposições protetivas trazidas na lei de drogas atual no âmbito do Sistema Nacional de Política de Drogas (Sisnad) são compatíveis com a criminalização, ainda que as penas previstas para o usuário sejam consideravelmente mais brandas que aquelas voltadas para o traficante, a conduta continua sendo prevista como crime servindo apenas para manter uma lógica estigmatizadora, neutralizando tudo aquilo que está “em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional”. Posiciona-se pela falta de objetividade da lei sobre a diferenciação entre usuário e traficante, dado que, segundo pesquisas, aquele que porta para consumo pessoal muitas vezes tem sido enquadrado como varejista ilegal.

A fim de exercer um juízo de ponderação, Gilmar Mendes analisou o estudo de Santiago Mir Puig, chamado “*Concepto de Bien Jurídico-Penal como Limite de Ius Puniedi*”, em que o autor diz que o Estado Social, ao limitar condutas, deve ter plena noção do significado que essa conduta tem no meio social e deve haver repercussão ao menos mínima da coletividade sobre essa restrição, como principal ferramenta para barrar a dita “hipertrofia” do direito penal.

Segundo Gilmar Mendes, Puig utiliza como exemplo o direito à saúde pública, ao referir o seguinte:

Não cabe negar, afirma o autor, que a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada indivíduo, mas há que se exigir um determinado grau de lesividade individual para que se possa justificar a intervenção do direito penal. Até agora não se tem afirmado, por exemplo, que o álcool e o tabaco afetam suficientemente a saúde pública a ponto de legitimar a criminalização de sua venda e consumo.

Assumindo que é possível que algumas drogas causem danos à saúde individual, o Ministro admitiu que não há sentido na manutenção de sanções penais aos usuários, dado que isso ofende o direito à vida privada e à autodeterminação, ferindo a decisão do indivíduo de

provocar riscos à própria saúde, aspecto sobre o qual o relator não defende haver um direito ao consumo irrestrito de drogas, entendendo serem válidas condições restritivas para seu consumo.

Criticou também que a criminalização afasta dependentes ou mesmo usuários em situação de vulnerabilidade de políticas de proteção à saúde e reinserção social. Vale dizer que, quis Gilmar Mendes frisar a situação sensível que se traduz no consumo de drogas por pessoas de “fragilidade econômica”, dado que é mais difícil para essa parcela da população “superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além da mera lesão pessoal”.

Segue, abaixo, em relação aos países em que a posse para consumo pessoal não é considerada crime, um panorama do quadro normativo das alternativas à criminalização de 2015, referendado pelo Ministro Relator em seu voto, com os critérios de distinção entre tráfico e uso – lista elaborada a partir de dados coletados pelo *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho* (CEDD) e pelo *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addicition*, (emcdda.europa.eu/elddm, 15.8.15):

Quadro 1 - Diferentes tratamentos legais ao usuário de drogas pelo mundo

País	Alternativas à criminalização	Crítérios de distinção
Argentina	Sem medidas administrativas	Interpretação do juiz
Bolívia	Tratamento compulsório	Uso equivalente a 48 de consumo
Chile	Medidas administrativas	Interpretação do juiz
Colômbia	Sem medidas administrativas	20g de maconha, 5g de haxixe, 1g de cocaína
Equador	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de pasta base de cocaína
Paraguai	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de cocaína, heroína e derivados de opiáceos
Peru	Tratamento compulsório	8g de maconha, 5g de pasta de cocaína, 250g de
	administrativas.	
Espanha	Medidas administrativas	25g de haixe, 100g de cannabis, 3g de heroína, 7.5g de cocaína.
Holanda	Sem medidas administrativas	5g de maconha, 0.5g de cocaína
Itália	Medidas administrativas	1g de THC, 0.25g de heroína e 0.75g de cocaína
Lituânia	Medidas administrativas	5g de maconha, 0.2g de heroína e 0.2g de cocaína
Luxemburgo	Apenas <i>cannabis</i> . Medidas administrativas.	Interpretação do juiz
Portugal	Medidas administrativas	25g de maconha (equivalente a 10 dose diárias), 1g de <i>ecstasy</i> e 2g de cocaína
Países Baixos	Sem medidas administrativas	5g de maconha e 0.5g de heroína ou cocaína
República Checa	Medidas administrativas	15g de maconha, dependendo da pureza, 1g de cocaína, 4 tabletes de <i>ecstasy</i>

(Fontes: Voto do ministro relator Gilmar Mendes no âmbito do Recurso Extraordinário 635.659 baseado nos estudos do Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho (CEDD) e do European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiction).⁸³

Apontou, ainda, que a própria Lei 11.343/2006 tem algumas diretrizes que confrontam a lógica criminalizadora trazida por ela mesma. Essas seriam eficazes como medidas de redução de danos aos consumidores de drogas, mas acabam por sucumbir à tutela penal que recai fortemente sobre o usuário. Enquanto não forem implementados critérios objetivos de distinção, entendeu o Ministro que é necessária a apreciação do caso concreto pelo juiz para que, desde logo, faça a análise da situação fática e defina se se trata de tráfico ou consumo pessoal, por meio dos critérios trazidos na lei para tal diferenciação.

Ao final do voto, Gilmar Mendes, dando provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, votou no sentido de declarar a inconstitucionalidade integral do dispositivo do art. 28 da Lei 11.343/06, afastando sua natureza penal, mas mantendo, no que couber, as medidas previstas de natureza administrativa.

O ministro Edson Fachin fez pedido de vista dos autos, a fim de, segundo ele, aprofundar a reflexão acerca da temática e das implicações de sua decisão. A primeira grande diferenciação entre o voto de Edson Fachin e o do relator Gilmar Mendes é a definição do alcance da decisão jurisdicional, já que o voto daquele se deu estritamente voltado à maconha. Segundo ele, a escolha deste parâmetro se fundamentou tendo em vista o caso concreto, envolvendo a maconha em si e não a problematização abstrata da criminalização em geral. Portanto, concentrou na maconha, excluindo (equivocadamente) a análise da descriminalização em geral.

O que parece é uma tentativa de não “largar o osso”, pois o Ministro Edson Fachin reconheceu que, por outro lado, a criminalização esbarra em questões como a liberdade, a autonomia privada e os limites de interferência do Estado sobre o indivíduo, ao passo que sua crítica vem exatamente no sentido de que a proteção do usuário não deveria vir por meio da tutela penal, mas sim por políticas públicas de saúde, além de ações educativas que informem a população sobre o consumo de drogas. O ministro confirmou, ainda, que a incriminação do porte de drogas para uso pessoal não passa de “opção político-criminal”, assim como o elenco de drogas qualificadas como proibidas pelo Poder Executivo, por meio da Portaria nº 344/98. Disse que o usuário, hoje criminoso, deve ser tratado como “doente” que precisa de tratamento

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015, p. 42. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em 01 jun 2023.

e apoio não só do Estado, mas também sociedade em geral, com base no artigo 196 da Constituição Federal.

Por fim, afirma haver uma lacuna legal, que não entende deva ser preenchida pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à regulação do ciclo que vai da produção ao consumo de drogas, bem como à norma que traga critérios de distinção entre usuário e traficante fundada em quantidades mínimas da droga. Isso figuraria como forma de enfrentamento ao tráfico, mas, na leitura de Fachin, não é de alçada do Judiciário assumir essa responsabilidade, devendo o Legislativo fazê-lo por ato próprio. Propôs, ao final, a criação de um “Observatório Judicial sobre Drogas“, de caráter temporário, que teria a finalidade de acompanhar os efeitos da deliberação do STF neste caso.

Disse o Ministro Fachin o seguinte:

Diante disso, emerge a crítica de Carlos Santiago Nino, pois, para o autor, 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 (FACHIN, 2015, p. 5)⁸⁴. (grifo nosso)

Praticamente no mesmo sentido, se não mais acentuado quanto a lógica proibicionista, foi proferido o último voto, do Ministro Luís Roberto Barroso Barroso⁸⁵, até a finalização dos trabalhos naquele dia de sessão em 2015, momento em que o processo foi sobrestado com um novo pedido de vista, do Ministro Teori Zavascki, já falecido, o qual foi substituído pelo atual Ministro Alexandre de Moraes.

Foi assim então que, o Ministro Barroso trouxe argumentos, em resumo, aparentemente no sentido de defender certa criminalização, tais como entender que é papel do Judiciário e da própria sociedade o desincentivo ao consumo, a promoção de tratamento àqueles que se encontrem em situação de dependência e a repressão ao traficante e à manutenção de um mercado varejista ilegal de drogas. Ao mesmo tempo, assinalou que qualquer política pública voltada ao gerenciamento do consumo e circulação de drogas no país deve partir do pressuposto do reconhecimento do total fracasso da chamada “guerra às drogas“, abordando o recorte norte-americano da década de 70 e das três Convenções da ONU sobre drogas, dizendo que foi

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Rel. Gilmar Mendes. Voto do Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso 01 jun 2023.

⁸⁵ GROWROOM. Voto do ministro Luis Roberto Barroso – STF - Descriminalização. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z8LhuORvmko>> Acesso em 01 jun 2023.

adotada uma postura política e legal bastante dura. Assim, afirmou que passados 40 anos, o consumo só aumentou, os dependentes não receberam tratamento adequado e o tráfico está cada dia mais fortalecido. Defendeu que insistir nesta guerra é insistir no erro, a custo de um alto preço, dada às questões de ordem política, econômica e social envolvidas.

É contraditório, portanto, que Barroso tenha estabelecido como a primeira prioridade do nosso país a de neutralizar o poder que o mercado varejista ilegal de drogas possui, mas que, para que isso acontecesse, fosse necessária a derrubada da ilegalidade de todas as drogas, pois apesar de ter emitido a opinião de que esse não era o objeto da discussão, tendo proferido seu voto no sentido da inconstitucionalidade apenas em relação a maconha, reconheceu explicitamente ser a solução para o tráfico a referida derrubada, isto é, onde não houver substância considerada ilegal, não haverá que falar em ilicitude do seu varejo.

A segunda prioridade foi categorizada como aquela em que se resolve o problema da superlotação das cadeias, que servem de verdadeira “escola do crime” para jovens primários e que não apresentavam perigo algum, tornando-os potenciais criminosos de maior periculosidade. A terceira prioridade, por fim, deve ser o usuário, que para Barroso não deve ser tratado como criminoso, dado que de forma deliberada decidiu por se entorpecer e se expor a risco, o qual segundo ele, não tem o condão de legitimar a criminalização.

Barroso disse também que o Estado deve adotar medidas que desempenhem um papel de refreio ao consumo de cunho informativo, como campanhas educativas e de advertência à população em geral. Contudo, disse que utilizar o direito penal para punir o usuário representa não só “autoritarismo” como também “paternalismo” que cria obstáculos à escolhas existenciais do indivíduo.

Depois de atestar-se a profunda ineficácia da imposição do direito penal em face de determinadas condutas, a lógica de um Estado penal mínimo, no qual cada vez menos a pena seja utilizada como forma de controle social, vem se fortificando. Tendo em vista a total ineficiência da tipificação ora em análise por diversas razões, há uma tendência em se admitir alternativas não-penais para lidar com a questão. E isto não significa deixar a matéria a deus-dará, o Estado ainda possui outros meios de arquitetar um controle sobre determinado fenômeno social tal como o consumo de drogas, por meio do âmbito administrativo, por exemplo, no qual a descriminalização nada interferirá.

Importante destacar que não se discute a legalidade das drogas, as políticas de prevenção, ou o tráfico. A discussão no STF é absolutamente limitada: debate-se apenas se o uso deve ou não ser criminalizado. Deferir o recurso significa afastar a sanção penal do usuário,

seu registro na ficha de antecedentes, sua estigmatização. As drogas podem até seguir sendo proibidas, será possível ainda sua apreensão, seu recolhimento, mas o usuário não será objeto de castigo criminal.

O Direito Penal como *ultima ratio* é um importante instituto no Direito Penal como um todo, servindo de ferramenta para compreender a criminalização de condutas, fundante, portanto, no caso do presente trabalho, já que serve de norte sempre que a discussão sobre a aplicabilidade dos princípios da alteridade e da autodeterminação pessoal do indivíduo se colocar em voga, suscitada pela afronta a direitos fundamentais como a liberdade, igualdade, autonomia, vida privada, entre outros.

Nas palavras de Cezar Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. **Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.** Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, — na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica. Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária, e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito. **A razão desse princípio — afirma Roxin — radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social**⁸⁶. (grifo nosso)

O Direito Penal como mínima intervenção torna-se um sonho cada vez mais distante, sobretudo em circunstâncias de crise de valores humanos. Conforme destacou o professor e doutor Alexandre de Moraes (2006, p. 12), o Direito Penal, ao atravessar sua 'terceira velocidade', instigado por novas demandas e novos bens jurídicos a serem protegidos, permite uma flexibilização dos tipos, inserções de novas figuras de perigo abstrato e omissivas impróprias, antecipação da tutela penal, etc. e, de outro lado, defende essa nova abordagem pela sensação de insegurança jurídica a qual recorre a um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Deve-se buscar um 'Direito Penal da Sociedade', menciona Moraes, que à luz do princípio da proporcionalidade tutele tanto a liberdade como outros bens protegidos pela

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: 6 ed. rev. amp. at. São Paulo: Saraiva, 2012.

Constituição. Não existe política criminal de fato quando apenas se discute se determinada conduta deve ser punida ou não, ou como ela se configura. Existem políticas criminais quando se determina também meios e métodos efetivos, que se baseiam no contexto que circunda a prática delituosa.

Na visão de Luciana Boiteux, “do ponto de vista teórico, de forma coerente, a descriminalização funda-se ainda na defesa do direito à privacidade e à vida privada, e na liberdade de as pessoas disporem do seu próprio corpo, em especial na ausência de lesividade do uso privado de uma droga (...)”⁸⁷.

É possível, a essa altura, apontar a máxima: aquele que defende a proibição das drogas, está a apoiar o tráfico, inevitavelmente. Aceitar como justificativa para a incriminação dos consumidores a necessidade de punição do tráfico, ou mesmo de outros crimes, significa adotar critério de responsabilidade objetiva, na medida em que se reprime o consumidor de drogas por ato de terceiros, traficantes ou autores de delitos relacionados ao comércio de tais substâncias.

O papel do Direito Penal não é realizar a educação moral de pessoas adultas, nem compete ao Estado exercer o papel de polícia dos costumes. Sobre a reprodução ideológica do poder punitivo, Khaled Jr (2021, p. 67), apontou que os resultados, particularmente na América Latina, são catastróficos, terra de jardins devastados e com condições peculiares que porém seguem a dogmática jurídico-penal de outra realidade, o que nos leva a crer que o Direito Penal precisa ser pensado a partir da realidade de cada contexto, ainda que por séculos os penalistas tenham se preocupado com a construção de um sistema complexo de conceitos do que com a forma com que tais conceitos dialogam, é preciso abandonar a abstração e enxergar a prisão e não o discurso sobre a prisão⁸⁸.

Foi repensando a política criminal de drogas que nos EUA⁸⁹, após ser constatado em 2019 que haviam mais de 1,56 milhões de pessoas presas por questões relacionadas às drogas, dentre as quais 87% eram por posse, de acordo com os dados obtidos da maior agência de investigação do país, o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), que o estado de Oregon aprovou uma medida de descriminalização da posse de substâncias controladas da seguinte forma: reclassificação da conduta como violação não-criminal e substituição para aplicação de penas

⁸⁷ BOITEUX, Luciana. “Aumenta o consumo: o proibicionismo falhou”. *Le Monde Diplomatique Brasil*, set. 2009, p. 10.

⁸⁸ KHALED, JR., Salah H. *Direito Penal e Liberdade: ensaios sobre castigo, culpabilidade e poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁸⁹ KLEINMAN, Robert A. MORRIS, Nathaniel P. *Rethinking the Criminalization of Personal Substance Use and Possession*. Article published online on 17 February 2021. Disponível em : <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11606-021-06628-5>> Acesso em 10 mai 2023

de multa em U\$ 100 (cem dólares) ou a opção de completar um tratamento de saúde, medida a qual também redireciona as taxas fiscais relacionadas a Cannabis para financiar tais serviços de tratamento; com esta medida, o estado de Oregon não legalizou o comércio de drogas, mas se tornou a primeira jurisdição norte-americana a descriminalizar a posse e uso das substâncias controladas.

O Brasil é conhecido como Estado vanguardista do proibicionismo, quando em 1840 já estava dedicando seus esforços em proibir o uso da maconha denominada de pito do pango pelos colonizadores portugueses, tendo em vista que a maior população escravizada do mundo foi no Rio de Janeiro, sendo também o primeiro lugar da Terra - por motivos raciais - a criminalizar o ato de fumar maconha. Assim, repensando a política criminal de drogas aplicada em nosso país, entende-se que o proibicionismo impossibilita que as informações certas cheguem aos cidadãos de maneira que possam ter a chance de fazer escolhas conscientes sobre seus próprios corpos, o que representa uma política pública de falta de acolhimento por parte do Estado, isto é, poderíamos estar a discutir e implementar melhores condições sociais e ambientais sobre o uso de tais substâncias, favoráveis a extração dos princípios benignos que pudessem se tornar remédio, pensando de fato na melhoria da saúde.

Recentemente, o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada) publicou a pesquisa intitulada "Critérios Objetivos no Processamento Criminal por Tráfico de Drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos dos tribunais estaduais de justiça comum"⁹⁰, com dados que podem contribuir com o presente julgamento. O estudo mostra que a cocaína é a droga mais relacionada aos casos de tráfico, sendo que em 70,2% dos processos se trata de quantidades em torno de 24 gramas; a segunda droga mais encontrada é a cannabis, apontada em 67,1% dos processos, com uma mediana de 85 gramas. São quantidades pequenas, que apontam para o simples uso, mas são tratadas como tráfico pelos tribunais, afirma Bottini (2023).

O estudo do Ipea conclui com um apontamento interessante a esse respeito, sugerindo que se adotado o critério de quantidade de porte de cannabis entre 25 g e 100 g e de cocaína entre 10 g e 15 g para presunção de porte para uso, cerca de até 50% dos processos de tráfico

⁹⁰ IPEA. Critérios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos do tribunais estaduais de justiça comum (Publicação Preliminar). 2023. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=0e7e31b0-5ee9-4dd8-a44e-aa1666db355f>> Acesso em 05 jun 2023.

relacionados à maconha e até 40% daqueles relacionados à cocaína poderiam ser presumidos como porte para consumo pessoal.

A descriminalização do uso ou posse de pequenas quantidades de substâncias controladas pode impedir o envolvimento substancial da justiça criminal. Findando a análise, aponta-se a seguir para algumas propostas pontuais de abordagens e políticas que se pensa serem adequadas e indispensáveis ao contexto da descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal e consequente declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, caso venha este cenário a ser felizmente concretizado.

A informação, o investimento em programas de saúde, redução de danos, prevenção pedagógica e apoio social, são alguns dos meios pelos quais pode se dar a transformação da perspectiva atual sobre as drogas. Dessa maneira, reduzindo-se o estigma associado à pessoa que faz uso de drogas em âmbito nacional, por meio de políticas públicas de esclarecimento, naturalmente e com o tempo começaremos a notar avanços. Mais especificamente, partindo-se de todos os pontos de vista aqui abordado, recomenda-se:

(i) Sejam desenvolvidas políticas públicas de qualidade e eficiência, orientadas, principalmente, pela humanização do tratamento ao usuário, atentando-se para o atendimento de saúde, bem como para a promoção de oportunidades que retire a estigmatização sofrida devido a eventual privação de liberdade pela condenação anterior por tráfico que venha a se enquadrar como posse ou consumo, ou no caso das penas alternativas a que tenha sido ou esteja sendo submetido, tenha o usuário extinta sua pena, além de, em todas as hipóteses, seja apagada a informação criminal que possa constar em seus registros oficiais como forma de reparação histórica e ressocialização. (ex.: incentivo ao emprego, programas de educação e qualificação, iniciativas da saúde com base em atendimentos multidisciplinares etc.).

(ii) Outra forma de reparação histórica inevitável seria a de florescer ideias acerca de políticas que possam ser implementadas para desfazer a mentalidade preconceituosa e racista, compensando o dano causado à parcela da população marginalizada pela questão, isto é, em sua maioria pessoas de pele preta e/ou periféricas, as quais estiveram mais vulneráveis diante da criminalização do uso de drogas, consultando-as sobre quais impactos teve em sua vida.

(iii) Urgente elaboração de critérios jurídicos objetivos de quantidade de drogas e diferenciação do usuário em relação ao traficante, também no que diz respeito a porção encontrada. Na atual conjuntura, encontram-se critérios porosos que contribuem para um contexto de total insegurança jurídica e humana. Há países que, mesmo não tendo descriminalizado a posse de drogas para uso pessoal, utilizam critérios objetivos de qualificação

do sujeito como usuário ou traficante, pautando-se no tipo e na quantidade de droga, definindo, inclusive, peso máximo para se considerar que a droga que se portava seria destinada a uso pessoal. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 28, propôs, dado que o dispositivo em questão não define o que seria “pequena quantidade”, a utilização dos mesmos parâmetros uruguaios, quais sejam, até 06 plantas-fêmeas de maconha. Apesar de inclinar-se a adotar a quantidade mínima que vige no Uruguai (de 40 gramas), buscando apoio dos demais ministros, decidiu por fixar 25 gramas, reproduzindo a experiência portuguesa⁹¹. Além disso, expressou que o STF deveria determinar esse parâmetro objetivo tendo em vista que o critério atual não é implementado de forma neutra, já que recai de forma diferente sobre pessoas de classes sociais diferentes. Assim, este critério é positivo e seria fundamental, desde que compatibilizado com a realidade de cada caso e com a realidade de consumo do país, de modo a não especificar quantidades por droga, mas sim um critério objetivo para todas. É uma possibilidade de conseguir diminuir a subjetividade, sendo que a falta de critério causa anomalias no sentido da discrepância entre decisões de juízes em situações muito similares, de modo que se deixa nas mãos das autoridades decidirem se aquela quantidade apreendida configura tráfico ou consumo, com base no seu critério pessoal, razão pela qual com certeza a criação desse critério jurídico objetivo ajudaria a reduzir as injustiças e a discricionariedade das autoridades.

(iv) Aprofundando a análise, acredita-se na relevância da confiabilidade de uma Investigação Policial bem-feita. Explica-se. No indicador “justiça criminal”, o Brasil ocupa a 112^a posição mundial (de 139 países avaliados)⁹². Entre os medidores avaliados estão a efetividade das investigações (MARONNA, 2022, p. 91). Quanto à investigação criminal, mede-se a polícia, os investigadores e os promotores têm recursos adequados, estão livres de corrupção e cumprem suas funções com competência, além de se os investigados são efetivamente presos e acusados. Em palestra realizada no dia 08 de maio de 2023, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sobre a temática ora abordada – “*A Política de Drogas no Brasil: uma luta pelo fim da guerra às drogas*” – o advogado, mestre e doutor em Direito Penal, Cristiano Maronna, citado no presente trabalho em diversas oportunidades, esteve presente e

⁹¹ O ministro afirmou que, independente do que se decidisse sobre a criminalização, de qualquer modo se fazia necessária a discussão sobre a imposição de critério mínimo que fosse capaz de distinguir usuário e traficante. Seu objetivo, segundo ele, é o de impedir a discricionariedade da autoridade policial e do juiz sobre a situação.

⁹² WORLD JUSTICE PROJECT. “*WJP Rule of Law Index*”. WJP, 2021. Disponível em: <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>> Acesso em 01 jun 2023.

respondeu ao questionamento feito, no sentido de prováveis soluções para a questão da descriminalização da conduta com base na quantidade de droga encontrada. Foi a partir disto que, transcrevendo sua fala, elucida-se a questão:

“O grande problema aqui é a má qualidade da investigação policial né, é... existe um paradoxo aí, é muito comum a gente ver pessoas enquadradas por pequenas quantidades condenadas por penas altas, 07, 08 anos né, sem nenhuma prova de traficância apenas com base em presunção, “ah, tava no local que é ponto de vendas”, “ah, tinha dinheiro trocado no bolso né”, nada disso prova traficância né, o que prova traficância é uma investigação minimamente bem-feita, é traficante? Então vai ter depósito na conta dele de quem compra né, vai ter algum outro elemento que comprove que a pessoa de fato é vendedora e não usuária. E é engraçado também porque quanto mais pobre e menor a quantidade, menor o padrão probatório né, agora quando a gente vê o helicóptero com não sei quantas toneladas, ou encontro de drogas na fazenda de um Senador, Deputado etc. e tal, rapidamente o mal-entendido é esclarecido e dissipado né. **Na minha avaliação, o ideal seria uma combinação entre critério objetivo e prova da traficância**, eu posso ter por exemplo 500 g de maconha e isso não me torna um traficante por si, eu posso eventualmente não querer subir o morro e estocar na minha casa e ter lá uma reserva de emergência, enfim. A quantidade por si só também não pode caracterizar traficância, claro que tem alguns limites, o sujeito tem 40 toneladas de cocaína (...) não dá pra justificar uso próprio num caso assim. Mas tirando essas situações que são muito extremadas né, a grande maioria (*inaudível*). É o fato de que quem prende, a polícia militar, não investiga e faz um policiamento ostensivo, então para um policial militar, para a ficha dele, pro currículo funcionar, se ele prender o usuário é muito pior que prender traficante, então ele mesmo vai querer enquadrar aquilo como tráfico. (...) Na Espanha em que o limite é 100g, o reflexo na realidade brasileira seria de 54%, 54% dos casos a partir da pesquisa feita em SP enquadrados como tráfico deixariam de ser enquadrados como tráfico. Então, tentando fazer uma resposta curta para um tema complexo: **o ideal seria combinar a prova da traficância a partir de uma investigação qualificada com critérios quantitativos**. (...) tem gente que fala “ah, mas aí os pequenos traficantes irão deitar e rolar, porque afinal de contas vão andar sempre com menos quantidade do que estabelece o limite, **esse é o preço de viver em liberdade**, melhor isso do que encarcerar meros usuários. (...)”. Eu prefiro garantir a impunidade de quem atua na ponta (...), e permitir que a polícia investigue quem financia e ganha dinheiro com isso.”⁹³

⁹³ Áudio obtido da palestra realizada no dia 08 de maio de 2023, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – “A Política de Drogas no Brasil: uma luta pelo fim da guerra às drogas” - minuto 1:36:00. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/10y4DaeJNtbbinWfQUACCCJ3rHTYN-IxTA?usp=sharing>.

CONCLUSÃO

Para Gerivaldo Neiva⁹⁴ (2015), o “mundo das drogas” não existe, não há de se falar nessa dicotomia que muitas vezes se coloca, na qual haveria um “mundo sem drogas” e um “mundo com drogas”, por ser concepção fantasiosa. Seria ignorar que sempre fomos, historicamente, consumidores de drogas e que droga não é apenas cocaína, maconha ou *ecstasy*, mas também rivotril, lexotan, remédio pra dor de cabeça ou até a cerveja com os amigos no fim de semana.

Por um lado, é inegável que o consumo deliberado de algumas substâncias psicoativas tem resultado em graves danos à saúde individual, em especial dentre as camadas socioeconômicas mais pobres e marginalizadas de nossa sociedade. Estamos sujeitos a um sistema de manutenção de desigualdades, especialmente fomentado pela lógica capitalista, que dia após dia apresenta obstáculos à plena efetivação de direitos. Nesse contexto, para muitos o consumo de drogas qualificadas como proibidas é um abrasivo, uma ferramenta utilizada na tentativa de lidar com a batalha que se trava no cotidiano. A crise vivida por muitos dependentes têm demonstrado que o discurso punitivista pouco tem feito para reverter esse quadro, já que centrado muito mais fortemente na proibição moralizadora do que em formas de tratamento.

Por outro lado, há aquele indivíduo que é usuário eventual e possui pleno controle sobre o quê, quanto e quando consumir. Voltado para o lazer e para a busca do bem-estar, as substâncias não necessariamente colocam em risco a sua saúde e não geram efeitos sobre a vida de terceiros. Essas pessoas que incorporam o consumo de substâncias psicoativas como forma de divertimento encontram diversos obstáculos para tal, visto que o Estado proíbe e, como resultado, faz com que aquilo que se consuma tenha qualidade baixa o suficiente para causar uma possível lesão de maior gravidade à saúde.

Em ambos os casos, seja em decorrência de uma relação de dependência ou de busca do bem-estar e do lazer individual, não é cabível a criminalização por ser violadora de dispositivos da Constituição e de princípios jurídico-penais.

No fogo cruzado, ceifam-se vidas de pequenos varejistas ilegais, de agentes do Estado e de pessoas que sequer estavam inseridas nessa lógica de circulação de drogas. Mas, afinal, o objetivo desse Estado não era a preservação da vida e da saúde?

⁹⁴ NEIVA, Gerivaldo. Onde se localiza o tal mundo das drogas?. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2015/06/onde-se-localiza-o-tal-mundo-das-drogas.html>>. Último acesso em: 15/07/2015. Gerivaldo Neiva é Juiz de Direito na Bahia, membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD) e Porta-voz no Brasil do movimento Law Enforcement Against Prohibition - Leap Brasil (Agentes da Lei contra a Proibição).

O trabalho até aqui desenvolvido buscou concretizar a análise sobre a política de drogas que vem sendo aplicada no Brasil do ponto de vista das Ciências Criminais. Dessa forma, examinando as potencialidades de uma nova abordagem a partir da criminologia e, especialmente, visando políticas criminais eficientes, restou evidente a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas para o fim que se pretendia, isto é, uma política de prevenção e repressão ao uso e porte de drogas.

Como direito difuso que o é, não se deve encarar a questão do porte e uso de drogas como se crime de varejo fosse. As narrativas que encontramos na maioria do território brasileiro está eivada de insensibilidade e preconceitos não ligados diretamente às substâncias, ou a preocupação com seus usuários, mas sim ao contexto que elas implicam social e historicamente, no que tange a marginalização do indivíduo. Assim, esquecem os incomodados da atenção à defesa do direito de cada indivíduo se determinar de acordo com suas próprias convicções morais, o que no plano político compreende o direito do indivíduo de escolher as normas pelas quais deseja se submeter quando as considerar abusivas, pensamento que inclui o direito de determinar os rumos do próprio corpo.

Ao final dessa empreitada, embora sem a pretensão de esgotar o assunto, pode-se apresentar uma síntese das conclusões que parecem ser as mais pertinentes com o propósito original do trabalho:

1. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, conforme atestou o próprio Ministro Luís Roberto Barroso, a criminalização teve um custo imenso para o Estado e para a sociedade, no que se refere aos investimentos nos aparatos de repressão, aos gastos com o sistema penitenciário e ao aumento considerável do poder do tráfico exercidos sobre as favelas. Diante de tudo isso, o consumo só fez aumentar, sem que a criminalização se mostrasse relevante ou trouxesse algum benefício prático.

2. No nosso atual modelo constitucional, diante do reconhecimento de direitos sociais que impõem uma prestação positiva do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas tem como meta, em linhas gerais, a concreção dos direitos e garantias fundamentais, podendo para tanto adotar medidas de cunho intervencionista, sem se descuidar, no entanto, de que essa mesma intervenção também estará condicionada e, portanto, limitada por esses mesmos direitos e garantias. Isto se aplica ao direito penal das drogas.

3. O sistema social associado ao conflito e desigualdade de classes, o imperativo do consumo, o racismo, a intolerância ao dessemelhante, o preconceito que gera um tabu, entre

outros motivos, são aspectos que refletem na análise aqui pretendida e devem ser levados em consideração ao pensarmos em uma política criminal, no sentido de que, na atualidade, o porte de drogas para consumo pessoal é encarado como questão de segurança pública e, ainda, como se estivéssemos na década de 1940, ano em que entrou em vigor o nosso Código Penal, mentalidade esta que impossibilita um debate mais amplo e cuidadoso sobre os usuários e o impacto do uso e porte na vida em sociedade.

4. Faz-se *mister* salientar, inclusive, que a falsa ideia de proteção da saúde pública vendida para legitimar a guerra contra as drogas, mascara os males da criminalização. Isto porque quando a exploração de substâncias psicoativas e matérias primas se funda na ilegalidade não há como impor-se um controle de qualidade sobre aquilo que é consumido pelo usuário. Isso potencializa o uso de produtos do narcotráfico adulterados, impuros e/ou com capacidade lesiva desconhecida.

5. A liberdade de consumo é direito de todos, moralmente aceito ou não, ainda que enseje riscos para a saúde do indivíduo. Desde que tais riscos não excedam a esfera individual, não há de se falar em crime ou em punibilidade, sendo sabido que jamais o Direito Penal terá alçada para penalizar a auto-lesão ou a disposição do indivíduo sobre o próprio corpo.

6. Sendo que hoje a investigação em torno dos delitos relacionados às drogas conta com critérios de extrema subjetividade, tais como: quantidade e natureza da droga, local e condições dos fatos, circunstâncias sociais e pessoais, condutas e antecedentes do agente, o que leva a indesejável discricionariedade dos agentes do Estado e, portanto, ao arbítrio do poder, a criação de critérios objetivos que auxiliem tanto o representante do Ministério Público, como a autoridade policial e a autoridade judiciária na sua atuação destes casos, como a quantidade que se encontra no quadro probatório e a diferenciação clara de um usuário e um traficante, podem representar significativa transformação no panorama.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Arthur Guerra de (Coord.). **Práticas integrativas na aplicação da Lei n. 11.343/2006: Lei de Drogas**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

Anteprojeto De Lei (Comissão de Juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes) Atualiza a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e dá outras providências. Brasília, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf> Acesso em 25/10/2022.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Lígia de Medeiros - **A Ineficácia Do Proibicionismo Penal: Inconstitucionalidade Da Criminalização Do Porte De Drogas Para Consumo Pessoal E O Recurso Extraordinário 635.659** | Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal Fluminense; Postado em: 2016.

BBC News Brasil - **Biden anuncia perdão a condenados por posse de maconha nos EUA**. 2022. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-63167115>> Acesso em 02 jun 2023.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudo de sociologia do desvio**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: 6 ed. rev. amp. at. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOITEUX, L. et al. **Tráfico de Drogas e Constituição**”. Série Pensando o Direito: tráfico de drogas e Constituição . Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009, p. 99. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf>. acesso em 01 jun 2023.

BOITEUX, Luciana. **“Aumenta o consumo: o proibicionismo falhou”**. Le Monde Diplomatique Brasil, set. 2009, p. 10.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. STF deve fixar critérios objetivos para separar usuários de traficantes de drogas. Consultor Jurídico (CONJUR). 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-30/direito-defesa-stf-fixar-criterios-objetivos-separar-usuarios-trafficante>> Acesso em 01 jun 2023.

BONAVIDES, Paulo. **O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, Método, n. 2, p. 209-224, jul./dez. 2003. p. 217.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 21/10/2022.

BRASIL. Juízo da 37ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208**. Decisão proferida em 20 de março de 2014.

BRASIL. **Lei 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em 21/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma) - **Recurso Extraordinário nº 430.105-9**. Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>> Acesso em 01 jun 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659. Rel. Gilmar Mendes**. Voto do Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso 01 jun 2023.

CAPEZ, Fernando. **Artigo: Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário**. 07/12/2006 – Publicado no site da OAB/SP – Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 25/10/2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**: Arts. 1º a 120. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A conduta prevista no art. 12, § 2º, II da Lei 6.368/76 continua sendo crime na atual Lei de Drogas**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/495dabfd0ca768a3c3abd672079f48b6>> Acesso em: 31/10/2022.

Conselho Nacional do Ministério Público -“**Sistema Prisional em números**” do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>> Acesso em 20 mai 2023.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, 1988. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> Acesso em: 21/10/2022.

CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES, 1971. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> Acesso em: 21/10/2022.

CSETE, Joanne et al. *“public health and international drug policy: report of the Johns Hopkins”*. The Lancet, vol. 387, nº 10026, 2016; GODLEE, F. *“Drugs should be legalised, regulated, and taxed”*. British Medical Journal, vol. 361, 2018.

DE ARRUDA, Rejane Alves; FLORES, Andréa; DA CUNHA BUENO, Maria Paula Azevedo Nunes. **A Criminalização Do Porte De Drogas Para Consumo Pessoal E A Sua Constitucionalidade Em Face Dos Direitos Fundamentais À Intimidade E À Vida Privada**. 27/07/2018. v. 4 n. 1 (2018); Revista Direito UFMS.

DE MELLO FILHO, José Celso. **O Papel Constitucional Do Supremo Tribunal Federal Na Consolidação Das Liberdades Fundamentais**. Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Revista UNIFACS. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/5943/3713>> Acesso em 25/10/2022.

DE MELO RIBEIRO, Maurides. **Drogas E Redução De Danos: Análise Crítica No Âmbito Das Ciências Criminais** - Tese De Doutorado. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Salomão Shecaira. Faculdade De Direito Da Usp. São Paulo. 2012. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032013-141828/publico/TESE_COMPLETA_PDF_MAURODES_DE_MELO_RIBEIRO.pdf> Acesso em 25/10/2022.

DEL OLMO, Rosa. **Las Drogas y Sus Discursos**. Belo Horizonte: Del Rey, Coleção JUS ETERNUN, v. 5, Coordenador: José Enrique Pierangeli, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19. (apud MORAES, 2006, p. 233).

DOTTI, René. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DUEK MARQUES. Oswaldo Henrique. **A culpabilidade e a Perspectiva Ontológica de Liberdade**. (*Culpability and the ontological overview of freedom*). Rev. Justitia (São Paulo), v. 197, p. 65-71, jul./dez.2007.

EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Direitos Humanos Política de drogas** - Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - v. 6 n. 28 2021. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/cadernos_defensoria_publica_esp/Cad-Def-Pub-SP_n.28_1.pdf> Acesso em 21 mai 2023.

FARIAS, M, C, B. **A liberdade esquecida: Fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento Aristotélico**. São Paulo: Loyola, 1995, p. 138- 239.

FROMM, Erich. **O coração do homem: seu gênio para o bem e para o mal**. 2. ed. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

GARCIA, Leon de Souza Lobo. **“A prevenção ao Uso Problemático de Drogas”**. Boletim de Análise Político-institucional: Política de Drogas, IPEA, dez. 2018, p.91.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Governo Federal - Departamento Penitenciário Nacional - **Levantamento de Informações Penitenciárias: 2019 e 2022.** Disponível em:

<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiLiwiZCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> e
<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjBhODYxYjAtOWJmNC00Mzg1LWI5ZWVtNzA4NTk1NGNhZWYyLiwiZCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectiond75a46556bea50b9b57>> Acesso em 01 mai 2023.

GRAUS, Eros. **Ensaio e discurso sob a interpretação/aplicação do direito**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO FILHO, Vicente, RASSI, João Daniel. **Histórico-drogas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>> Acesso em: 25/10/2022.

GROWROOM. **Voto do ministro Luis Roberto Barroso** – STF - Descriminalização. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z8LhuORvmko>> Acesso em 01 jun 2023.

IBCCRIM. **Racial Profiling, Novas Tecnologias E Racismo Estrutural**. 2023. Disponível em <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/791/9119?utm_campaign=boletim_maior&utm_medium=email&utm_source=RD+Station> Acesso em 25 mai 2023.

IPEA. **Crerios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos do tribunais estaduais de justiça comum (Publicação Preliminar)**. 2023. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=0e7e31b0-5ee9-4dd8-a44e-aa1666db355f>> Acesso em 05 jun 2023.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Panorama das apreensões de Drogas no Rio de Janeiro 2010-2016**. Rio de Janeiro: ISP, 2016, p. 15. Disponível em <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf> Acesso em 02 jun 2023.

Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas. **Processo nº 2564/2013**. Sentença proferida em 15 de abril de 2014. Disponível em: <https://ajd.org.br/images/wp/uploads/2018/07/47_jecrim-p.-2564-2013-drogas-28-abs-inconst.pdf> Acesso em 19 de abril de 2023.

JUNQUEIRA, Gustavo O. Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3909>>. Acesso em 05 mai 2023.

KARAM, Maria Lúcia. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5456>> Acesso em 20 de abril de 2023.

KHALED, JR., Salah H. **Direito Penal e Liberdade: ensaios sobre castigo, culpabilidade e poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

Kleinman, R.A., Morris, N.P. **Rethinking the Criminalization of Personal Substance Use and Possession**. J GEN INTERN MED (2021). <https://doi.org/10.1007/s11606-021-06628-5>. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11606-021-06628-5#citeas>> Acesso em: 25/10/2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 18ª ed. 2014.

LIPPI, Camila Soares. **O discurso das drogas construído pelo direito internacional**. Revista de Direito Internacional, Volume 10, nº 2, 2013. Proteção Internacional da Pessoa Humana.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Editora Martin Claret Ltda. 2002. pág. 15. - tradução Alex Marins.

MACKEIVICZ, Osmar. **O Problema Da Liberdade Na História Da Filosofia** – Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Artigos/o_problema_da_liberdade.pdf> Acesso em 05 mai 2023.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas, anotada e interpretada**. 11ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

MARONNA, Cristiano Avila. **Lei de Drogas - interpretada na perspectiva da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MARONNA, Cristiano. “**Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal**”. Boletim IBCCRIM Edição Especial Drogas, São Paulo, nov. 2012. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal-a-ilegitimidade-da-intervencao-penal> Acesso em 20 mai 2023.

MENA, Fernanda Mello; HOBBS, Dick. Tradução do artigo “**Narcophobia: drugs prohibition and the generation of human rights abuses**. *Trends in Organized Crime* , v. 13, p. 60-74, 2010.”, publicado no site do jornal Folha de S. Paulo. Tradução de Paulo Migliacci. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/ilustrissima/2010/10/812233-narcofobia---proibicao-as-drogas-e-geracao-de-abusos-contr-a-os-direitos-humanos.shtml>> Acesso em 05 mai 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. **Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015**, p. 42. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>> Acesso em 01 jun 2023.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Editora Juruá. 2008.

MORAES. Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do inimigo'**. **Dissertação de Mestrado** - Direito Penal - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006.

NEIVA, Gerivaldo. **Onde se localiza o tal mundo das drogas?** Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2015/06/onde-se-localiza-o-tal-mundo-das-drogas.html>>. Último acesso em: 15/07/2015. Gerivaldo Neiva é Juiz de Direito na Bahia, membro da Associação Juizes para a Democracia (AJD) e Porta-voz no Brasil do movimento Law Enforcement Against Prohibition - Leap Brasil (Agentes da Lei contra a Proibição).

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Laura M.; JÓLLUSKIN, Gloria. **O uso de drogas: breve análise histórica e social**. Sem data. Disponível em: <<http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237FCHS04-15.pdf>>. Acesso em: 20 mai 2023.

OPAS/OMS. **“Relatório Quinquenal 2013-2017 do Diretor da Repartição Sanitária Pan-Americana”**. Pan American Health Organization, 2013. Disponível em: <<https://www.paho.org/annual-report-2017/Portugues.html>>. Acesso em 25 mai 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas**. Genebra, 2004. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 maio 2023.

PETUCO, Dênis Roberto da Silva. **“Pra não dizer que não falei de drogas: o cuidado de pessoas que usam drogas e a luta antimanicomial”**. In: SANTOS, Loiva Maria de Boni (Coord.). Outras palavras sobre o cuidado de pessoas que usam drogas. Porto Alegre: Ideograf / Conselho Regional de Psicologia do Rio Grande do Sul, 2010, p. 64.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, pg. 83, Ed. Max Limonad, SP, 1996.

PRADO, Daniel Nicory. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 27.

RABUSKE, A. E. **Antropologia filosófica**, 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 87-95.

ROLLES, Steve et al. **The alternative World Drug Report: counting the costs of the war drugs**. 2ª ed. (S.1.) Transform Drug Policy Foundation/countthecosts.org, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**, Editora Saraiva, Almedina e IDD, São Paulo, 2013, p. 517.

Secretaria Nacional de Políticas Penais - **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário** - Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>> Acesso em 20 mai 2023.

SILVA NETO, Francisco Messias Marinho da. **Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, o princípio da proporcionalidade das penas e vetor da proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado penalmente**. 2017. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 230-231.

Site oficial da **Comissão Global de Política de Drogas**. Disponível em: <<https://www.globalcommissionondrugs.org/>> Acesso em 02 mai de 2023.

SOU DA PAZ. **Apreensões de drogas no Estado de São Paulo; um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrência e massa**. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2018, pp. 40. Disponível em: <http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_completa_drogas_sp.pdf>. Acesso em 02 jun 2023.

SOUZA, Isabele Carvallo Nery de. **Decisão judicial em casos moralmente sensíveis: um olhar a partir das fundações morais**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. 2021. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-10082022-103717/publico/IsabeleCNSouzaCorrigida.pdf>> Acesso em 25/10/2022.

SUEKI, Patric Andre. **A Criminalização Do Porte De Drogas Para Consumo Pessoal: Análise A Partir Da Criminologia Cultural**. Artigo - protocolado no dia 30/06/2022, como Trabalho de Conclusão de Curso para o Curso de Direito do Centro Universitário Santa Cruz, de Curitiba-PR, sob a orientação do Professor Paulo Roberto Incott Júnior. v. 13 n. 1 (2022); Revista das Faculdades Santa Cruz.

The Global **Drug Policy Index 2021** - Disponível em: <<https://globaldrugpolicyindex.net/wp-content/themes/gdpi/uploads/GDPI%202021%20Report%20EN.pdf>> Acesso em 25 mai 2023.

UNODC. **“Principles of Drug Dependence Treatment**. OMS, 2008. Disponível em: <http://www.who.int/substance_abuse/publications/principles_drug_dependence_treatment.pdf?ua=1> Acesso em 25 mai 2023.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The World Health Report: reducing risks, promoting healthy life**. Geneva, 2002.

WORLD JUSTICE PROJECT. **“WJP Rule of Law Index”**. WJP, 2021. Disponível em: <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>> Acesso em 01 jun 2023.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 2ª ed. Rio de Janeiro:Revan, v. I, 2003, p. 225.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral**. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 132.

ZIMMER, L.; MORGAN, J. P. ***Maconha: mitos e fatos - uma revisão das provas científicas***. Rio de Janeiro: Psicotropicus, 2010, p. 16-18.