

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Arthur Navarro Possato

**Uma análise das políticas regulatórias da posse de drogas para consumo pessoal: a
necessidade de descriminalizar o uso da maconha, além da evidente
inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06**

Juiz de Fora

2020

Arthur Navarro Possato

**Uma análise das políticas regulatórias da posse de drogas para consumo pessoal: a
necessidade de descriminalizar o uso da maconha, além da evidente
inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende

Juiz de Fora

2020

Arthur Navarro Possato

Uma análise das políticas regulatórias da posse de drogas para consumo pessoal: a necessidade de descriminalizar o uso da maconha, além da evidente inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende – Orientador

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Raul Francisco Magalhães

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Leandro Oliveira

Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora, 19 de março de 2021.

*Este trabalho é dedicado a todas as vítimas de
uma política de repressão às drogas
retrógrada, ignorante e injusta.*

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço ao meu orientador, professor Wagner, pela atenção, disponibilidade, paciência e empenho. Esse trabalho não seria possível sem seu incondicional apoio, fruto do enorme amor que tem à profissão - que fica cristalino a todos que tiveram o privilégio e o prazer de tê-lo como professor.

Agradeço à Ana, minha companheira de faculdade, de profissão e de vida, por todo apoio e carinho diário, sempre me estimulando a me esforçar mais e ir além. À minha tia, que se fez presente quando as coisas ficaram difíceis, me empregando e se adaptando aos meus horários, tendo fundamental importância nessa trajetória acadêmica. Aos meus pais, por nunca me deixarem esquecer da importância da educação. À minha avó e ao meu avô - que já não está presente, mas certamente ficaria orgulhoso pela formatura -, pelo exemplo e pelo cuidado. Aos meus sogros, pela incondicional prestatividade em tornar nossos caminhos mais fáceis. A todos os amigos que participaram dessa caminhada, trazendo leveza para a puxada rotina.

Por fim, agradeço a todos os professores e funcionários da Universidade Federal de Juiz de Fora, que com muita luta e determinação dedicam suas vidas ao sonho de uma educação superior gratuita e de qualidade.

“Estamos no Brasil, país onde uma exclamação lançada com suficiente força pulmonar vale mais que mil demonstrações geométricas. Nossas convicções alimentam-se de impressões, não de argumentos; e se os fatos não as confirmam, pior para os fatos...” Professor José Carlos Barbosa Moreira. In: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101-110

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar como a descriminalização do uso da maconha pode servir de importante ferramenta ao Estado para combater o tráfico de drogas e o hiperencarceramento, propiciar a redução dos assassinatos institucionalizados contra a fatia mais vulnerável da sociedade, bem como permitir um tratamento justo e viável à pacientes de doenças graves que perderam a qualidade de vida. Além de uma análise dos aspectos inconstitucionais da legislação, será feita uma investigação comparativa entre políticas de repressão adotadas por diferentes países do mundo. Serão analisados estudos científicos, experimentos sociais, decisões judiciais, legislações e obras literárias, com o intuito de expor à urgência de uma mudança legislativa no sentido de retirar da seara criminal e levar para a administrativa o enfrentamento do tema.

Palavras-chave: descriminalização da maconha; lei 11.343; direito penal.

ABSTRACT

This work aims to analyze how the decriminalization of the use of the marijuana can serve as an important implement for the State to combat drug trafficking, hyper-incarceration, propitiate the reduction of institutionalized murders against the most vulnerable part of society, as well as allowing fair treatment and viable for patients with serious disease, who have lost their quality of life. In addition to an analysis of the unconstitutional aspects of the legislation, a comparative investigation between repression policies adopted by different countries in the world will be done. Scientific studies, social experiments, judicial decisions, legislation and doctrinaire works will be analyzed, with the intention of exposing the urgency of a legislative change in order to remove the discussion of the topic of the criminal area for the administrative field.

Keywords: decriminalization of marijuana; law 11,343; criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. POLÍTICAS REGULATÓRIAS DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL	12
2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DAS POLÍTICAS REGULATÓRIAS DA MACONHA NO BRASIL.....	13
3. O PARADOXO DA GUERRA AS DROGAS.....	17
4. CONSEQUÊNCIAS DA POLÍTICA REGULATÓRIA DE PROIBIÇÃO.....	19
4.1. Prisões lotadas e ineficientes.....	19
4.2. Políticas de extermínio.....	22
4.3. Obstáculos ao uso medicinal.....	23
5. A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA COMO POLÍTICA DE COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS	25
6. A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO.....	29
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir, sem a pretensão de esgotar o tema, razões e efeitos da criminalização do uso da maconha no Brasil e no mundo. O tema obteve maior destaque nos últimos anos, com diversos países revendo suas políticas regulatórias de consumo de drogas e o Supremo Tribunal Federal brasileiro discutindo, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, proposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a descriminalização do uso da maconha, através da declaração da inconstitucionalidade do art. 28 (que tutela o uso) da Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas. Ao longo do texto, serão apresentadas e analisadas as diferentes políticas regulatórias de consumo de drogas adotadas no mundo, mostrando as peculiaridades de cada uma e desmistificando a ideia de caos atrelada às políticas de abrandamento penal.

Muito além da discussão quanto à inconstitucionalidade da criminalização ao usuário, o trabalho tem por objetivo demonstrar que, além de inconstitucional, a política de guerra às drogas e de criminalização ao usuário por nós adotada é ineficiente. Para essa demonstração, será feito um breve apanhado histórico, com alguns apontamentos que ilustram como o tema foi tratado até chegarmos no modelo atual. Além da origem e fundamentos, serão também expostas as consequências desse modelo, contrapondo essas experiências àquelas de outros países, que optaram por um caminho adverso, contrastando os efeitos sociais.

Após o apontamento das incoerências e paradoxos do modelo adotado nacionalmente, será argumentado como a descriminalização do uso da maconha, muito além de reafirmar direitos e garantias básicas, pode auxiliar o Estado em outras demandas muito importantes, servindo como um grande aliado ao enfrentamento ao tráfico, descapitalizando organizações criminosas que tomaram para si o lucrativo mercado canábico. Serão abordadas também as vantagens que essa política geraria para o uso medicinal da maconha, da qual muitos pacientes oncológicos, epiléticos e terminais tanto necessitam, mas não têm como arcar devido aos altos custos.

O presente trabalho foi dividido em seis módulos. O primeiro trata sobre as políticas regulatórias em relação a posse de drogas para o consumo pessoal, tendo sido realizada uma diferenciação em relação a proibição, descriminalização, despenalização e legalização, a fim de possibilitar uma melhor compreensão do tema a ser discutido no decorrer da análise. O segundo trata sobre breves apontamentos acerca da história das políticas regulatórias da maconha no Brasil. No terceiro, foi trabalhado o paradoxo da guerra às drogas, visando

demonstrar como esse tipo de política e ideologia vem se mostrando extremamente ineficiente na resolução dos problemas gerados a partir do tráfico.

Prosseguindo, no quarto módulo, propõe-se uma discussão sobre as diversas consequências negativas advindas da política de proibição do uso da maconha, permeando aspectos como a superlotação de prisões e sua ineficiência, os altos índices de mortalidade que são decorrentes de uma política de extermínio da população, principalmente entre negros e pobres, além dos altos números de policiais mortos nas operações destinadas a combater o tráfico, além dos obstáculos que acabam por ser impostos ao uso medicinal da planta, que tantos benefícios pode proporcionar. O quinto módulo, por sua vez, versa sobre como a descriminalização da maconha pode servir como uma forte política de combate ao tráfico de drogas e o sexto discorre sobre a manifesta inconstitucionalidade do art. 28, da lei 11.343/06.

1. POLÍTICAS REGULATÓRIAS DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

As políticas regulatórias são definidas a partir das normas e medidas adotadas pelo Estado a fim de coibir ou punir determinadas ações. Nesse sentido, essas condutas são destinadas para, de fato, regulamentar a vida em sociedade. Destarte, no que tange ao objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, o consumo de drogas, mostra-se necessária uma maior compreensão de três tipos de políticas regulatórias: a proibição, a despenalização e a descriminalização.

Compreende-se por proibição aquelas políticas de drogas majoritariamente pautadas em normas penais, ou seja, condutas então vedadas pelo texto legal. Dessa forma, conforme expôs o ministro do STF Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, quando se fala em proibição, faz-se referência ao estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos.

Prosseguindo na análise das opções regulatórias, em patamar mais brando, está a despenalização, política que consiste na exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas de posse para uso pessoal. Nota-se, portanto, que a postura ainda segue no campo da criminalização, apenas não comportando a prisão como possível pena. Esse é o modelo vigente no Brasil, disciplinado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006.

Na posição menos rígida na escala das políticas de regulação, encontra-se a denominada descriminalização, medida que consiste na exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. Nesse molde, é importante ressaltar que, embora a conduta deixe de ser considerada crime, não há uma autorização irrestrita para a posse e o consumo de drogas. A descriminalização, conforme pode-se observar em países como o Uruguai ou Estados Unidos, por exemplo, vem acompanhada de limitações de quantidades e também de especificações de lugares para o uso, cabendo penas de natureza administrativa para as condutas incompatíveis com a regulamentação.

Conforme será demonstrado no decorrer do trabalho, a política de descriminalização, além de respeitar garantias individuais, quando acompanhada de medidas subjacentes, como autorização para plantio de pequenas quantidades, proporciona menos risco ao usuário e severos prejuízos ao tráfico de drogas, uma vez que, ao plantar, o usuário deixa de contribuir com esse sistema, retirando do tráfico sua principal receita.

A descriminalização deve vir assistida de políticas de redução de danos e prevenção de riscos, bem como de programas voltados à adoção de práticas que tenham o intuito de reduzir as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas. Como bem destaca o ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário que trata do tema (nº 635.659):

quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas, na linha dos atuais movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos (MENDES, 2015, p. 15).

Esse modelo supracitado que, conforme demonstra Gilmar Mendes, é usado no Uruguai e em alguns estados americanos, refere-se a legalização. Trata-se do mesmo modelo usado em boa parte do mundo no que tange às políticas de uso de outras drogas, tais como o álcool e o tabaco. Diferentemente da descriminalização, nesse modelo, não há punição na esfera administrativa, havendo apenas regulamentações como as já existentes para as drogas citadas acima, como proibição de dirigir alcoolizado ou de vender tabaco para menores de 18 anos.

Cabe ressaltar que os exemplos internacionais de legalização de drogas se deram exclusivamente sobre a maconha, droga com efeitos menos agressivos e nocivos do que o próprio álcool, responsável diretamente por pelo menos 16,5 mil mortes, em 2018, último ano com dados disponíveis no Datasus¹. Conta conservadora, uma vez que não inclui acidentes de trânsito ou outras causas de óbitos influenciadas pela bebida, como a cirrose. Em contraponto, não há registro de nenhuma morte ligada diretamente ao uso da maconha no Brasil ou no mundo.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DAS POLÍTICAS REGULATÓRIAS DA MACONHA NO BRASIL

Foi na década de 1920 que a repressão ao uso da maconha ganhou força no Brasil. Esse aumento da repressão é atribuído, pelo menos em parte, ao pronunciamento do delegado

¹ DATASUS é o departamento de informática do Sistema Único de Saúde do Brasil. Trata-se de um órgão da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde, com a responsabilidade de coletar, processar e disseminar informações sobre saúde.

brasileiro na II Conferência Internacional do Ópio, realizada em Genebra, em 1924, pela antiga Liga das Nações. Na agenda da conferência constavam como tópicos de discussão apenas o ópio e a cocaína. No entanto, o representante brasileiro, junto ao delegado egípcio, fez pressão para incluí-la também:

o representante brasileiro, Dr. Pernambuco, a descreveu como mais perigosa que o ópio. Novamente, ninguém contestou essas declarações, possivelmente porque ambos estavam falando em nome de países onde o uso de haxixe era endêmico (KENDELL, 2003, v.2, p. 297) ²

A participação do representante brasileiro na conferência supracitada foi confirmada pelo pesquisador José Lucena:

já dispomos de legislação penal referente aos contraventores, consumidores ou contrabandistas de tóxico. Aludimos à Lei nº 4.294 de 06 de Julho de 1921 [...] No Congresso do ópio, da Liga das Nações Pernambuco Filho e Gotuzzo conseguiram a proibição da venda de maconha. Partindo daí deve-se começar por dar cumprimento aos dispositivos do referido Decreto nos casos especiais dos fumadores e contrabandistas de maconha (p. 55-96, 1934).

O referido decreto de 1921, em seu *caput*, assim determinava:

Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaina, opio, morphina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo alcool ou substancias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os creditos necessários (BRASIL, 1921).

A visão de que as drogas seriam tanto um problema de saúde quanto de segurança pública, desenvolvida pelos tratados internacionais da primeira metade do século, foi paulatinamente traduzida para a legislação nacional. Até que, em 1940, o Código Penal nacional confirmou a opção do Brasil de não criminalizar o consumo. Segundo Roberta Duboc Pedrinha, especialista em Direito Penal e Sociologia Criminal, estabeleceu-se uma “concepção sanitária do controle das drogas”, pela qual a dependência era considerada doença e, ao contrário dos traficantes, os usuários não eram criminalizados, mas estavam submetidos a rigoroso tratamento, com internação obrigatória.

² Texto original: and the Brazilian representative, Dr. Pernambuco, described it as "more dangerous than opium" Again, no one challenged these statements, possibly because both were speaking on behalf of countries where haschich use was endemic (in Brazil under the name of diamba) (KENDELL, 2003, v. 2, p. 297).

Todavia, Roberta Pedrinha assevera que o golpe militar de 1964 e a Lei de Segurança Nacional deslocaram o foco do modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal, que equiparava os traficantes aos inimigos internos do regime.

Ademais, poucos anos antes, a política de repressão ganhou apoio da Convenção Única de Entorpecentes, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1961, da qual o Brasil é signatário. Essa convenção colocou a maconha em sua lista de drogas prejudiciais e perigosas, mesma lista que se encontrava a heroína, por exemplo.

Houve importante modificação no Brasil a partir de 1968 no que se refere ao discurso de diferenciação entre consumidor e traficante. O STF, até então, entendia por punir apenas aquele que comercializasse drogas, não afetando os consumidores pela tutela penal. Todavia, o Decreto-Lei 385/68 modificou o art. 281 do Código Penal, que igualou o tratamento entre consumidor e traficante, punindo penalmente o primeiro tal qual o último era punido, nos seguintes termos: “nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Em 1971, o ex-presidente norte-americano Richard Nixon declarou “guerra às drogas”. Política concretizada na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971), a qual deu origem, por sua vez, ao conceito de narcotráfico tal qual é compreendido atualmente. Seus sucessores, Gerald Ford e Ronald Reagan, seguiram a mesma política.

No Brasil, por sua vez, a lei 6.368/76 consolidou as alterações no sistema de segurança público brasileiro pretendidas pela Convenção de Viena de 1971, maximizando-se por sua vez o discurso repressivo belicista de Guerra às Drogas, com a priorização da repressão em detrimento da prevenção.

Há registros da comunidade científica daquela época que indicam que dar para a maconha o mesmo tratamento dado para drogas químicas trouxe inúmeras dificuldades no tratamento de dependentes. É o que pode-se notar, por exemplo, no editorial do Jornal Brasileiro de Psiquiatria publicado em 1980 (29: 353-4, 1980):

A falta de discriminação entre viciados em drogas pesadas e simples fumantes de maconha tem resultados altamente inconvenientes do ponto de vista social. Se os estabelecimentos especiais viessem a ser construídos para internar usuários de maconha, com toda a probabilidade, iríamos ressuscitar o famoso dilema do Simão Bacamarte de Machado de Assis. Talvez fosse melhor internar a população *sadia* para defendê-la dos supostos perigos dos cada vez mais numerosos adictos de maconha.

Em 1987, a própria Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) também fez um editorial sobre o assunto (“A dupla penalização do usuário de drogas ou duas vezes vítima”. Revista ABP/APAL, 1987):

Ninguém como os psiquiatras conhece melhor a miséria humana que acomete os drogados. Eles são mais vítimas do sistema de produção e tráfico – e de si mesmos – que delinquentes. Neste sentido, julgamos oportuno trazer à discussão, sob a égide deste momento Constituinte, este polêmico tema que tem desencadeado tão graves consequências.

Publicada em agosto de 2006, a Lei Federal nº 11.343 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, definindo crimes próprios. Embora a intenção do legislador fosse a de distinguir usuários de traficantes, por não estabelecer um limite quantitativo na diferenciação entre um ou outro, acabou gerando encarceramento em massa. Apesar de despenalizar o uso de drogas, não o descriminalizou, motivo pelo qual a constitucionalidade do artigo 28 da referida lei vem sendo questionada no STF através do julgamento mencionado alhures do Recurso Extraordinário n. 635.659.

No cenário atual, o governo federal segue atuando contra propostas de flexibilização. Em setembro de 2020, o ministro da Justiça, André Mendonça, encaminhou a deputados uma moção de repúdio ao projeto de lei 399/2015, que propõe legalizar o cultivo da maconha no Brasil para uso medicinal e industrial. O documento destacava os supostos malefícios da maconha e afirmava que nos países que flexibilizaram o controle houve aumento no consumo.

No entanto, as alegações supracitadas que foram expressas na moção de repúdio não correspondem à realidade. Estudos da epidemiologista psiquiátrica brasileira Sílvia Saboia Martins, da Universidade Columbia (EUA), mostram que não houve mudança considerável no uso de maconha por adolescentes nos estados americanos onde ocorreu autorização para uso medicinal. Para além, de acordo com os dados do Levantamento Nacional sobre Uso de Drogas e Saúde dos Estados Unidos (NSDUH, na sigla em inglês), mesmo onde se liberou o uso recreativo, houve aumento discreto de consumo só a partir dos 21 anos; entre adolescentes do sexo masculino, observou-se até mesmo um recuo.

Recentemente, em 02/12/2020, uma comissão da Organização das Nações Unidas (ONU) votou para remover a maconha da lista das drogas mais perigosas do mundo. O Brasil votou contra a proposta, ao acompanhar países como China, Egito, Nigéria, Paquistão e Rússia. Na América Latina, os governos do Uruguai, Colômbia, Equador e México foram favoráveis, assim como EUA e Canadá. A posição favorável a retirada foi vitoriosa na

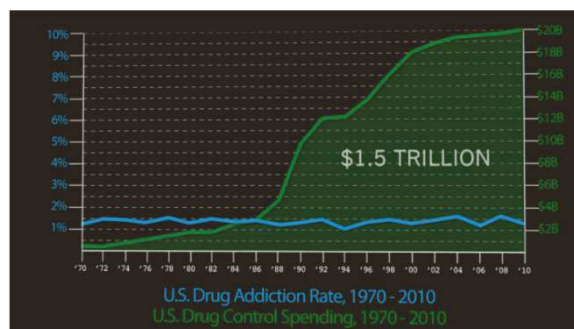
votação, contudo, não há nenhum efeito prático nesse ato, haja vista que cada país tem autonomia em determinar sua legislação. Ainda assim, trata-se, indubitavelmente, de um marco relevante que certamente enfraquecerá os argumentos proibicionistas no Brasil e no mundo.

3. O PARADOXO DA GUERRA ÀS DROGAS

Há décadas países de todos os continentes investem fortunas contra o tráfico de drogas na expectativa que este acabe ou diminua sensivelmente, mas todo o retorno que se tem são bilhões gastos, milhares de mortos de um exército que a todo tempo é recomposto e organizações criminosas ainda mais fortes e bem armadas. Para o economista laureado com o Nobel, Gary Becker ³, esse é o “paradoxo da guerra às drogas”.

Becker (apud The Wall Street Journal, 2013) explica que grandes apreensões de drogas reduzem a oferta disponível enquanto a demanda mantém-se intacta, fazendo com que suba o preço e conseqüentemente a margem de lucro. Margens de lucro superiores atraem novos agentes – na figura de traficantes – para o mercado, além de financiarem compras de armas, de tecnologias e investimentos para produção e distribuição de drogas.

Para o economista, essa é a razão para o número de usuários de drogas se manter constante nas últimas décadas nos Estados Unidos, a despeito dos massivos investimentos no combate ao tráfico de drogas. Essa constatação pode ser visualizada no gráfico abaixo discriminado, no qual linha azul demonstra a taxa de dependentes de drogas nos EUA de 1970 a 2010, ao passo que a linha verde representa os gastos com controle de drogas no mesmo período.



Fonte: The Atlantic

³ Gary Stanley Becker foi professor na Universidade de Chicago, foi laureado com o Prémio de Ciências Económicas de 1992, por ter estendido os domínios da análise microeconômica para comportamento e interação humana. Foi membro do Hoover Institution, do National Bureau of Economic Research e da Pontifícia Academia das Ciências desde 1997

Para o também laureado com um Nobel, Milton Friedman ⁴, o problema vai ainda mais além do que o descrito por Becker. Em 1991, o economista, em uma entrevista junto ao repórter antidrogas vencedor do Emmy Randy Paige no “America's Drug Forum”, concedida em um talk show nacional, afirmou que ao combater o tráfico de drogas, o Estado faz uma seleção adversa, permitindo que somente os traficantes mais corruptos e violentos, geralmente aqueles que se organizam através de cartéis e facções, permaneçam no mercado.

O tempo deu razão às previsões de Becker e Friedman. Perdemos a guerra contra as drogas. O uso de entorpecentes parece ser algo intrínseco ao homem, hábito notado em múltiplas sociedades ao longo da história. Conforme reportagem veiculada pelo jornal El País, datada de 2019, um estudo de arqueólogos chineses constatou que a maconha é consumida há pelo menos 2.500 anos. Com base em estimativas recentes, divulgadas pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (Undoc), a maconha continua sendo a droga ilegal mais consumida em todo o mundo, com 180 milhões de usuários, dado que nos leva a crer que nada do que fora feito nesse ínterim trouxe efeitos relevantes.

Assim como o acontece com o consumo, enquanto perdure a proibição, o tráfico também irá sempre existir. De acordo com Robert Merton (apud MAGALHÃES, 1994), não só há normalidade no desvio, como há explicação. Se os objetivos sociais – ligados ao enriquecimento – permeiam todas as classes sociais de maneira similar e os meios socialmente válidos para a conquista do sucesso são desiguais, as maiores pressões para o comportamento desviante serão exercidas nas camaradas mais vulneráveis da população.

Portanto, não parece razoável que o Estado depreenda toda sua força numa guerra que não funciona e que nunca acabará. Como será apontado adiante, o tráfico da maconha é a base do tráfico de drogas, e uma descriminalização, seguindo o molde internacional, vindo acompanhada da autorização de plantio de uma quantidade de mudas legalmente definida, seria a forma mais eficiente que o Estado poderia lidar com a situação, haja vista que, adotando essas medidas, acabaria por descapitalizar e enfraquecer o tráfico.

⁴ Milton Friedman (1912-2006) foi um economista, estatístico e escritor norte-americano, que lecionou na Universidade de Chicago por mais de três décadas. Ele recebeu o Prémio de Ciências Económicas em Memória de Alfred Nobel de 1976 e é conhecido por sua pesquisa sobre a análise do consumo, a teoria e história monetária, bem como por sua demonstração da complexidade da política de estabilização.

Em 1968, Gary Becker (apud The Wall Street Journal, 2013) já alertava que “assim como os mafiosos foram expulsos do mercado de álcool após o fim da proibição, traficantes de drogas violentos serão expulsos do mercado com a descriminalização das drogas”.

4. CONSEQUÊNCIAS DA POLÍTICA REGULATÓRIA DE PROIBIÇÃO

Por décadas de insistência numa política fadada ao fracasso, fundamentada em ignorâncias, preconceitos e desinformação, o saldo dessa guerra foi o tráfico mais forte, prisões lotadas e milhares de policiais e jovens mortos. Uma guerra cara, paga com dinheiro público, em um país que em 2021 ainda não conseguiu resolver o problema do saneamento básico, da falta de moradia, da forte desigualdade social, dentre muitos outros.

4.1. Prisões lotadas e ineficientes

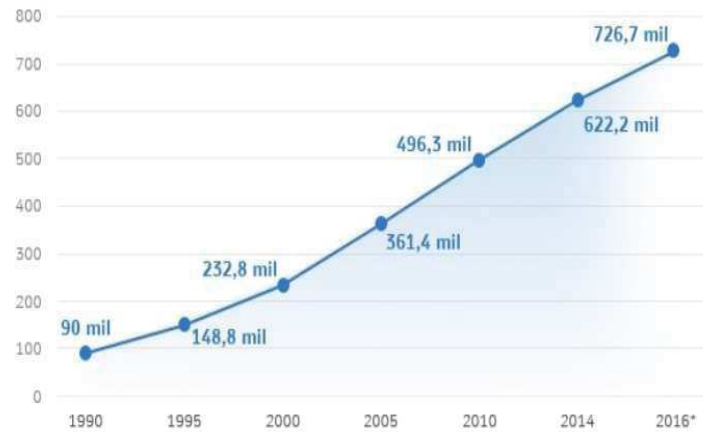
A guerra às drogas no Brasil consiste em políticas de extermínio e de encarceramento em massa: enquanto a primeira é velada, a segunda é apontada com orgulho.

Com 750 mil pessoas encarceradas, segundo dados de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil tem a terceira maior população encarcerada do mundo em números absolutos, atrás apenas dos EUA (2,1 milhões) e da China (1,7 milhão). No Brasil, são mais de 350 presos para cada 100 mil brasileiros, percentual que cresceu aceleradamente nos últimos 20 anos.

A justificativa mais provável para esse aumento exponencial é a atual Lei de Drogas, de 2006, que paradoxalmente tentava reduzir o encarceramento de usuários impondo-lhes penas alternativas à prisão. No gráfico abaixo, elaborado de acordo com dados do Infopen, um sistema nacional de informações estatísticas penitenciárias, é possível notar esse movimento mais acentuado ao crescimento a partir daquele ano:

Evolução da população carcerária no Brasil

Número de presos subiu oito vezes desde 1990



*Dado referente a junho de 2016

Fonte: Infopen

Arte/UOL

Um aspecto importante a se ressaltar é o fato de que na supramencionada Lei nº 11.343 de 2006, o legislador não definiu uma quantia objetiva que distinguisse o usuário do traficante, a qual poderia servir de presunção de uso ou de tráfico, podendo ser suprida por outras provas e evidências. Ao contrário, simplesmente deixou essa decisão na mão da polícia, dando margem para arbitrariedades.

O tráfico de drogas, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019, é o segundo crime que mais aprisiona brasileiros, correspondendo a uma a cada cinco prisões. Entre as mulheres, esse percentual chega a 51%, muitas delas usadas por seus maridos para fazerem o transporte ou para cuidarem da atividade criminosa enquanto estão presos. Do total de presos, 45% têm até 29 anos e 67% são negros. Até aquela data, 30% dos presos ainda não tinham ido a julgamento. Para o antropólogo e escritor Luiz Eduardo Soares (apud Folha de São Paulo, 2020):

Os dados disponíveis mostram que os presos não são os traficantes que se impõem tiranicamente sobre comunidades pelo uso da força, mas varejistas do comércio de substâncias ilícitas, que têm sido presos sem porte de arma, sem prática de violência e sem vínculo conhecido com facção.

Conforme levantamento abaixo discriminado, o tráfico de drogas é o crime que mais motiva prisões no Brasil. Em 2019, ocorreram 163.290 prisões relacionadas ao aludido tipo penal.



Atualmente, conforme dados coletados a partir do relatório do Infopen, o Brasil tem uma taxa de superlotação nas cadeias de 197,4%, o que significa que existe quase o dobro de detentos em relação ao número de vagas. Além disso, se depender do governo federal, essas estatísticas irão piorar. Ainda como candidato à presidência, em 2018, o então deputado Jair Bolsonaro disse:

Eu acho que a chance de alguém que pratica um furto ficar detido é zero junto com a audiência de custódia. Tem de acabar com isso. E não vem com essa historinha 'ah, os presídios são cheios e não recuperam ninguém'. É problema de quem cometeu o crime.

Uma grande problemática que envolve esse alto índice de encarceramento é a falta de um processo que, de fato, proporcione a ressocialização daqueles detentos. Atualmente, o que ocorre é que aquele indivíduo volta às ruas geralmente pior. Tratá-los como bichos não faz com que aprendam, faz com que tenham mais ódio. Alie a isso ao aprendizado que eles obtêm no cárcere e a tragédia começa a se desenhar. O sujeito entra no sistema porque traficou uma pequena quantidade de drogas ou porque foi confundido com um traficante e, lá dentro, tem acesso a contatos de fornecedores de armas e afins, além de encontrar parceiros para novos crimes.

O criminólogo Diego Gambetta (apud Folha de São Paulo), em seu livro “Codes of the Underworld: How Criminals Communicate”, destaca que o custo da informação em qualquer atividade ilícita é muito alto. É muito difícil formar uma reputação pública no mundo do

crime, já que criminosos têm fortes incentivos para mentir sobre suas habilidades, o que torna muito difícil a tarefa de selecionar parceiros para novos crimes e para formar organizações criminosas. Para o autor:

A prisão é a solução para esse problema reputacional e funciona como o departamento de recursos humanos perfeito para o mundo do crime. No dia a dia da prisão, o gosto e a capacidade para exercer a violência e a trapaça serão testados e observados de fato. Quem quiser subir no mundo do crime precisa passar pela prisão e encontrar seu próximo parceiro ou, se tiver sorte, impressionar os líderes de alguma organização criminosa (GAMBETTA, 2020).

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente publicaram, em março de 2020, o relatório “Reentradas e reiterações Infracionais — Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”.

De acordo com o levantamento, 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. O número de reentradas é menor entre adolescentes (de 12 a 17 anos). A partir dos dados colhidos, foi constatado que, de 5.544 indivíduos, 1.327 retornaram ao menos uma vez ao sistema socioeducativo entre 2015 e 30 de junho de 2019. O número equivale a 23,9% de reentrada. O fato da reincidência ser quase duas vezes maior, se comparados os adultos do sistema prisional com os jovens do sistema socioeducativo, reforça a desconfiança em torno da possibilidade de uma ressocialização efetiva.

4.2. Políticas de extermínio

Como bem disse Maria Lúcia Karam, em Congresso em homenagem ao jurista alemão Winfried Hassemer realizado em agosto de 2015, a “guerra às drogas” mata mais gente que as próprias drogas. Na verdade, é uma guerra contra pessoas, onde os que mais morrem são os mais vulneráveis.

Em relatório divulgado em 2015, a Anistia Internacional citou a força policial brasileira como a que mais mata no mundo. O documento que também tece duras críticas à polícia norte-americana, além de ter destacado a letalidade das operações. O documento traz ainda números assustadores da violência policial.

O Brasil aparece como o país que tem o maior número geral de homicídios no mundo inteiro. Só em 2012, foram 56 mil homicídios. Em 2014, 15,6% dos homicídios tinham um policial

no gatilho. Segundo o referido relatório, eles atiram em pessoas que já se renderam, que já estão feridas e sem uma advertência que permita que o suspeito se entregue.

O levantamento se concentrou na Zona Norte do Rio de Janeiro, que inclui a Favela de Acari. Entre as vítimas da violência policial no Rio, entre 2010 e 2013, 99,5% eram homens. Quase 80% das vítimas eram negras e três em cada quatro, 75%, tinham idades entre 15 e 29 anos. A maioria dos policiais nunca foi punida. A Anistia Internacional acompanhou 220 investigações sobre mortes causadas por policiais desde 2011. Em quatro anos, em apenas um caso, o policial chegou a ser formalmente acusado pela Justiça. Em 2015, desses 220 casos, 183 investigações ainda não tinham sido concluídas.

A polícia que mais mata é também a que mais morre, é o que revelou o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2014. O levantamento aponta que, em apenas cinco anos, as polícias brasileiras mataram tanto quanto a americana em três décadas. Foram 11.197 mortes causadas por policiais entre 2009 e 2013, ano em que as polícias civil e militar mataram seis pessoas por dia no Brasil. Por outro lado, os números de policiais mortos no Brasil também batem recordes. No período de cinco anos, 1.770 policiais foram mortos – 490 apenas em 2015.

A apreensão de armamento do tráfico é uma das justificativas para as operações policiais nas comunidades do Brasil, principalmente no Rio de Janeiro. Com a pandemia da Covid-19, no entanto, elas foram limitadas naquela cidade pelo Supremo Tribunal Federal, que agora exige da polícia justificativa e comunicação ao Ministério Público como pré-condição para as incursões.

Em manifestação ao STF, o governo do Rio criticou a medida, que disse criar “zona de proteção para as organizações criminosas de narcotraficantes e de milicianos, o que redundará, em poucos meses, no aumento recorde dos indicadores de criminalidade.” De acordo com o levantamento realizado pelo Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (GENI/UFF) divulgado em agosto de 2020 em um evento online promovido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, do dia 5 de junho até 5 de julho de 2020, houve uma redução de 78% das operações policiais. A pesquisa indicou que essa redução não veio acompanhada do aumento de criminalidade. Os pesquisadores identificaram uma redução de 48% nos crimes contra a vida e de 40% nos crimes contra o patrimônio no mesmo período.

4.3. Obstáculos ao uso medicinal

Nos últimos anos, diversos estudos científicos constataram que substâncias extraídas da maconha, como o *canabidiol* (CBD) e o *tetra-hidrocanabidiol* (THC), seu princípio

psicoativo, são de enorme valia para o tratamento de pacientes com dores crônicas e outras enfermidades graves, como câncer, epilepsia e fibromialgia. Medicamentos que dão qualidade de vida a pacientes em estado terminal e que permitem que crianças epiléticas possam viver uma vida comum, algo que nenhum outro medicamento disponível no mercado foi capaz de proporcionar até o momento.

O plantio de *cannabis* para uso medicinal e científico já é previsto no Brasil desde 2006, por meio da lei 11.343, a chamada Lei de Drogas. Mas pouco se avançou na sua regulamentação até o início desta década. Foi quando pais e mães de crianças com epilepsia grave pressionaram o governo e entidades médicas, pedindo autorização para usar derivados da *cannabis*: os únicos medicamentos que funcionavam para diminuir a incidência dos espasmos e melhorar a qualidade de vida das crianças.

Em 2014, a Anvisa passou a autorizar a importação de remédios de CBD, mas trazer o produto custava caro, tornando a medicação inviável para famílias mais pobres. Já em dezembro de 2019, a entidade regulamentou a pesquisa, produção e venda de remédios no país por parte da indústria farmacêutica, embora as plantas ainda precisem ser trazidas do exterior. O principal medicamento com permissão para venda em farmácias — e que tem CBD isolado — custa mais de R\$ 2.000,00⁵.

Remédios com estas cifras impossibilitam o tratamento de crianças de famílias pobres e também de classe média, absolutamente incompatível para a realidade de um país no qual o salário mínimo é de R\$ 1.100,00 (dados de 2021). Hoje, uma mãe que quer tratar seu filho, mas não possui condições de arcar com os altos custos desses medicamentos, precisa iniciar a plantação, correndo o risco de responder por tráfico de drogas, e ir à justiça requerer um Habeas Corpus preventivo, que serve como uma espécie de autorização judicial para o cultivo.

Não parece razoável prender uma mãe por cultivar uma planta para fazer óleos e extratos para o tratamento do filho. A descriminalização da maconha, acompanhada da autorização para cultivo de alguns pés, solucionaria o problema dos milhares que se encontram nessa realidade, tendo de escolher entre o risco de prisão, o endividamento ou conviver com uma dezena de ataques epiléticos ao dia.

⁵ Levantamento de dezembro de 2019.

5. A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA COMO POLÍTICA DE COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS

Está em pauta no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, um julgamento que diz respeito à descriminalização da maconha para o uso próprio: trata-se do Recurso Extraordinário nº. 635.659. A inconstitucionalidade se faz presente no artigo 28 da Lei 11.343/06, que dispõe, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

No próximo tópico, será abordado o problema da inconstitucionalidade em si. Aqui, limitar-me-ei a desmistificar alguns *tabus* relacionados aos efeitos da liberação da maconha que podem repercutir na sociedade como um todo, inclusive no âmbito da saúde e na segurança pública.

A segurança pública está correlacionada com a guerra às drogas, porém, não do jeito que a maioria das pessoas imagina. Economicamente falando, recursos são escassos. Isso significa dizer que cada centavo investido em uma atividade não pode ser investido em outra. O mesmo raciocínio se aplica à polícia: enquanto estão prendendo e conduzindo para a delegacia usuários de maconha – os quais, no simples ato de consumo, não provocam lesão a nenhum terceiro –, estão deixando de combater delitos que atentam contra bens jurídicos como a vida e a integridade, como estupros e homicídios.

A tese supracitada foi colocada à prova algumas vezes. Houve um estudo em 2014, denominado como “Crime and the Depenalization of Cannabis Possession: Evidence from a Policing Experiment”, no qual economistas britânicos estudaram um experimento feito pela polícia no bairro de Lambeth, em Londres. No bairro do sul da capital, por determinado tempo, a polícia deixou de criminalizar o uso de maconha na área. Após uma análise profunda dos dados, o estudo concluiu que a estratégia foi responsável por diminuir o número (medido pelo número de ocorrências) de outros crimes e aumentar a eficiência da polícia (medida pelo número de prisões e casos elucidados) no seu combate.

A Police Foundation montou sua própria pesquisa independente sobre a reação dos residentes ao experimento em colaboração com o Instituto de Pesquisa Social MORI. As descobertas indicam que a aprovação geral para a experiência é muito alta - oito em cada dez

residentes (83%) apoiam o esquema diretamente (36%) ou condicionalmente (47%). Apenas 8% desaprovam o esquema.

O experimento consistia em seis pilares: dar uma advertência para posse da maconha; notificar os pais de menores advertidos; continuar processando quem está traficando; confisco da maconha; manter registros de advertências anteriores; conservação do poder de processar pelo uso de outras drogas.

Outro estudo feito em 2017, intitulado “Crime and the Legalization of Recreational Marijuana” também corrobora a tese. Nele, um grupo de quatro pesquisadores da Universidade de Bolonha, na Itália, notou um fato interessante, com bom potencial para pesquisa. Eles constataram que dois estados vizinhos dos EUA, Oregon e Washington, adotaram caminhos diferentes no que concerne ao uso da maconha. O estado de Oregon rejeitou a legalização da maconha em um referendo por uma pequena margem. Por sua vez, o estado de Washington a aprovou, mas também por uma pequena margem. O resultado permitiu estudar duas populações culturalmente similares, mas que escolheram políticas públicas diferentes.

Em conclusão da pesquisa, comparando Washington a Oregon, os economistas da Universidade de Bolonha concluíram que a legalização não afetou o número de homicídios. No entanto, o estado de Washington viu seu número de estupros e roubos cair sensivelmente.

Outra preocupação conexa com a legalização ou descriminalização da maconha diz respeito a saúde pública, notadamente no que tange a internações ou acréscimo do número de usuários, bem como consequências ligadas ao mal uso das drogas. Em 2013, Colorado foi o primeiro estado americano a derrubar proibições relativas à maconha, adotando uma política menos restritiva de controle, que Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 635.659, chamou de “legalização pura e simples”.

Em 2012, o prefeito de Denver, Michael Hancock, se posicionou contra a legalização da maconha na maior cidade do estado do Colorado. Mas seis anos depois de os eleitores decidirem pela liberação tanto medicinal quanto recreativa da erva, ele admite que a administração da questão vem ocorrendo de forma eficiente, sem aumento da criminalidade e, além disso, ainda gera receita para os cofres públicos.

Seis anos de legalização no Colorado mostraram que os maiores medos relativos à liberação da maconha não se concretizaram. Um levantamento de 2017, intitulado “Market size and demand for marijuana in colorado 2017 market update”, mostra que o uso de

maconha se manteve estável, em torno de 19%, entre estudantes do ensino médio; entre adultos, houve sutil aumento da proporção dos que usam, de 13,6%, em 2014, para 15,5%, em 2017. Acidentes de trânsito e internações relacionadas à droga tampouco oscilaram, segundo dados de um relatório preparado pelo governo do Colorado em 2018, no quinto ano após a lei que legalizou a substância.

Antes da legalização, o tráfico de maconha na fronteira entre México e EUA vinha aumentando exponencialmente na última década (BROUWER, 2009). Também havia uma estimativa da ONU de que 60% da maconha consumida por americanos vinha dos cartéis mexicanos. De lá para cá, desde que o Colorado deu o pontapé inicial no sentido de tirar a maconha das mãos do tráfico, as apreensões de maconha na fronteira caíram 80%, enquanto o valor da maconha no mercado ilegal caiu 70% (BIER, 2018).

O Uruguai foi outro país a gerar questionamentos na comunidade internacional quando decidiu legalizar a maconha. A primeira prática a ser regulamentada foi o cultivo pessoal, restrito a seis plantas por pessoa. O diretor-executivo do IRCCA, Martín Rodríguez, diz que a avaliação do funcionamento da regulamentação até agora é positiva: “A ideia nunca foi a de uma liberação total, nem de vender para fora ou para estrangeiros. O objetivo era tirar o negócio dos narcotraficantes e fazer uma legislação para usuários uruguaios ou para residentes permanentes do Uruguai”.

Segundo o balanço do IRCCA, o narcotráfico obviamente não terminou, mas diminuiu. Antes, estimava-se que 58% da maconha consumida no Uruguai vinha do Paraguai, produzida em más condições – o restante seria de cultivo ilegal local. Agora, a droga vendida por traficantes teria baixado para 11% do total, o que significa, segundo o órgão, que US\$ 30 milhões (R\$ 154 milhões) deixaram de ir para facções criminosas. Quando a lei entrou em vigor, pesquisas do governo mostravam que 66% dos uruguaios a rejeitavam; hoje, 61% são a favor.

A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), contando com a parceria de várias outras instituições, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Instituto Nacional de Câncer (Inca) e a Universidade de Princeton, nos EUA, elaborou o 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira. Entre 2014 e 2017, pesquisadores entrevistaram cerca de 17 mil pessoas com idades entre 12 e 65 anos, em todo o Brasil, com o objetivo de estimar e avaliar os parâmetros epidemiológicos do uso de drogas.

Este é o mais completo levantamento sobre drogas já realizado em território nacional. É a primeira vez que um estudo sobre o uso de drogas no país consegue alcançar abrangência nacional, sendo representativo inclusive de municípios de pequeno porte e de zonas de fronteira, por exemplo. Os entrevistados responderam a questões quanto ao uso, ao abuso e à dependência de numerosas substâncias: tabaco, álcool, cocaína, maconha, crack, solventes, heroína, ecstasy, tranquilizantes benzodiazepínicos, esteroides anabolizantes, sedativos barbitúricos, estimulantes anfetamínicos, analgésicos opiáceos, anticolinérgicos, LSD, quetamina, chá de ayahuasca e drogas injetáveis. Outros questionamentos tinham relação com violência (perpetrada ou sofrida), a percepção sobre o risco do uso de drogas e a opinião dos entrevistados sobre políticas públicas para a área. Além disso, eles responderam a perguntas gerais sobre saúde e a informações sócio-demográficas.

Após anos de estudos, a conclusão foi que, diferentemente do que se supunha quando o estudo foi encomendado, não há uma “epidemia” de drogas no Brasil. Os números ficaram dentro do esperado, estáveis e compatíveis com a média internacional. O estudo, que custou 7 milhões de reais aos cofres públicos, – na realidade, o governo havia realizado o pagamento de 8 milhões, mas o Instituto devolveu 1 milhão que não precisou ser utilizado – contou com mais de 500 profissionais em sua execução, acabou por ser engavetado pelo governo e atacado pelo então ministro da cidadania, Osmar Terra (apud G1, 2019):

A Fiocruz tem o viés de defender a liberação das drogas, a Fiocruz trabalha há muitos anos para provar que não é problema o consumo de drogas. A Fiocruz tem um papel extraordinário nas pesquisas sobre vacinas, sobre medicamentos, mas infelizmente na área de pesquisa sobre drogas é um grupo totalmente comprometido com a liberação, que quer mostrar que não tem epidemia.

A professora Andrea Gallassi, coordenadora do Centro de Referência sobre Drogas da Universidade de Brasília, discorda. Ela afirma que o levantamento da Fiocruz foi feito seguindo rigorosamente normas científicas e que a censura atrapalha a elaboração de políticas públicas. Segundo ela,

Não vivemos uma epidemia do uso de drogas, tivemos um pequeno aumento do uso de álcool, a partir dos dados dessa pesquisa. O que tem hoje, então, é um cenário de uso que não surpreende a comunidade científica, uma vez que é um cenário mais ou menos esperado e, portanto, não tem por que, não existe razão, a não ser uma razão ideológica do governo, em negar a divulgação desses dados, sendo que foi uma pesquisa contratada por uma instituição e paga com recurso público (GALLASSI, apud G1, 2019).

A Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência se manifestou em defesa da Fiocruz. Disse que a pesquisa é extremamente completa, com uma amostragem muito ampla de grandes e pequenas

idades, e “considera deplorável que o governo não reconheça os dados científicos produzidos a seu pedido por uma instituição centenária e pioneira, referência neste e em outros aspectos”.

É uma lástima que fatores ideológicos ataquem e impeçam que uma pesquisa dessa magnitude seja publicada e exaustivamente estudada por especialistas e legisladores. Talvez porque o resultado da pesquisa jogue por terra o argumento mais simplista e sem fonte usado por muitos que se posicionam contra a descriminalização da maconha, o ápice da síndrome de vira-lata: “no Brasil isso não daria certo”. Convém ressaltar que o México, por exemplo, que é um dos países com cultura, infraestrutura e aporte financeiro mais parecidos com o Brasil, teve um ousado e amplo projeto de descriminalização aprovado pelo senado no fim de 2020.

6. A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO

Como já foi abordado, com o advento da lei 11.343/06, o uso de entorpecentes, apesar de despenalizado, ainda segue criminalizado, submetendo o usuário à coerção punitiva estatal. A Lei de Drogas, nos artigos 33 e seguintes, tratou da repressão ao traficante e, no artigo 28⁶, da repressão ao usuário, artigo manifestadamente inconstitucional por afrontar os princípios da ofensividade, da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e da proporcionalidade.

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, advém da expressão latina *nullum crimen sine injuria* que determina que não há crime sem lesão – ou ao menos perigo de lesão, numa visão mais extensiva – e serve como princípio limitador ao *jus puniende* estatal.

Como expõe Maria Lúcia Karam:

é inadmissível a punição da posse de drogas para uso pessoal, seja pela inafetação do bem jurídico protegido (a saúde pública), seja por sua contrariedade com um ordenamento jurídico garantidor da não intervenção do Direito em condutas que não afetem a terceiros (1991).

Na visão do legislador, o bem jurídico protegido seria a saúde pública, o que não passa de uma insustentável abstração, uma vez que a saúde pública é formada pelo somatório das saúdes pessoais de cada cidadão, conforme destaca o juiz Marcos Augusto

⁶ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ramos Peixoto, da 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em decisão proferida no processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208. Em contrapartida, o que pode-se observar é que a tutela se fez sobre a saúde de cada usuário, sendo este o perigo concreto a ser estudado. O usuário, no máximo, está a causar a autolesão, não punível no direito penal. Segundo Claus Roxin (apud BRUTTI, 2005):

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e não seja simplesmente pecaminoso e imoral. A conduta puramente interna, seja pecaminosa, imoral, escandalosa, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

O cidadão, decidindo colocar sua própria vida ou saúde em risco, seja com uma tentativa de suicídio, com uma inobservância de cuidados básicos ou até mesmo com o abuso do uso do cigarro, que lhe acarretará danos a longo prazo, não será criminalmente responsabilizado por isso. Isso porque o direito penal, por entender que esta pessoa já está numa situação delicada, optou por não punir o agente que provoca danos apenas em si mesmo, haja vista que a coação estatal não traria nenhum bem para o agente em questão e nem para a sociedade em si.

Luis Greco (p. 100, 2010) destaca que “se o comportamento pertence à esfera privada ou de autonomia do agente, a rigor sequer se coloca a questão do bem jurídico”. Seguindo a mesma linha, Hirsch (p. 14, 2007) observa que, “em casos normais, o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões”.

Uma das principais linhas argumentativas que subsidiam a linha de pensamento contrária a descriminalização da maconha afirma que o usuário causa sim, danos à saúde pública, objeto jurídico tutelado pelo dispositivo discutido. O ministro da Segurança Pública que atuou durante o governo Temer, Raul Jungmann, em seu discurso de posse em 2018, criticou a classe média, afirmando que, ao mesmo tempo em que ela pede segurança, consome as drogas ilícitas que financiam o crime organizado. Uma argumentação que essencialmente consiste em correlacionar o uso de entorpecentes ao financiamento do tráfico e aos crimes correlatos.

Ora, enquanto alguns entorpecentes forem considerados como ilícitos e a opção legislativa for a de manter a criminalização dessas substâncias, o usuário realmente estará financiando o tráfico. Não pelo uso em si, que pode advir até do seu plantio, mas pela escolha do Estado em deixar o fornecimento dessa substância no domínio da criminalidade. Ao revés, poderia o Estado ser licitamente financiado a partir da arrecadação de impostos, os quais

poderiam ser destinados para tratamento de dependentes químicos, além de campanhas de educação, prevenção e redução de danos, dentre outros.

A política regulatória adotada hoje no Brasil traz clara ofensa ao princípio da culpabilidade. Advindo do brocardo em latim *nullum crimen sine culpa*, que disciplina que não há crime sem a averiguação da responsabilidade pelo ato. O princípio da culpabilidade é mais um princípio norteador do *jus puniendi* estatal, coibindo a responsabilidade objetiva, intimamente ligada à presunção de culpabilidade, que desrespeita cabalmente a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Responsabilizar o usuário pela postura de um terceiro, no caso, o traficante, alguém cujo comportamento foge completamente dos seus domínios, mostra-se, como já mencionado, uma clara ofensa ao princípio da culpabilidade. Basicamente, penaliza-se o usuário diante da dificuldade em responsabilizar o verdadeiro culpado, qual seja, o traficante de substâncias ilícitas. Para Andrew von Hirsch (p. 14, 2007), a conduta seria criminalizada porque:

provoca outros atores a adotar comportamentos que causam lesões ou perigos. Ao se imputar, em tais situações, a responsabilidade penal ao agente original, ignora-se o princípio da responsabilidade pessoal própria, já que ele não cometeu pessoalmente qualquer injusto e as consequências lesivas são causadas por meio de atos errados de outros.

Assim como o usuário não pode ser responsabilizado pelos atos de um terceiro, também não pode ser penalizado antecipadamente por atos que ele possa vir a ter um dia, afinal, seria necessário um exercício de futurologia e suposições para correlacionar esses atos, forçando um nexos de causalidade inexistente, dando ao uso de entorpecentes a mesma valoração de atos preparatórios, em um indescritível malabarismo jurídico. Tal raciocínio também parece ignorar o fato de que os crimes motivados pelos efeitos de uma droga ou de sua abstinência já estão positivados no nosso ordenamento, punir o usuário sob a lógica de que seu uso resultará na prática de outro crime e, após, puni-lo por esse crime de forma independente, seria incorrer em *bis in idem*, prática vedada pelo nosso ordenamento. Como bem destaca Carlos Santiago Nino:

Vale dizer, o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal. Dessa forma, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros seria insustentável, pois toda e qualquer ação, seja ela privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável (1989. p. 436-438).

A criminalização do uso da maconha para uso pessoal também afronta os princípios da dignidade da pessoa humana e da pluralidade, previstos na Constituição Federal em seu artigo primeiro, incisos III e V, respectivamente.

Para Alexandre de Moraes (2005. p. 129), a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Sendo assim, desde que o agente não afete direito de outrem, o Estado não deveria interferir na sua esfera pessoal. A partir de sua autodeterminação, qualquer um deve ter o direito de escolher fazer o que bem entender da sua vida, incluindo, é claro, seus prazeres e formas de entretenimento e relaxamento. No mesmo sentido, o princípio da pluralidade determina que o restante da sociedade deva respeitar a todos, independentemente de ideologias e preferências morais, variedade típica de uma sociedade plural, especialmente em um Estado laico como o brasileiro.

A Constituição Federal, ao estabelecer ao legislador o combate ao tráfico de drogas, em seu artigo 5º, inciso XLIII, não deu carta branca para o uso de toda e qualquer estratégia de política criminal em nome do pragmatismo, mas apenas para aquelas que não conflitem com outros princípios do mesmo texto legal.

Por tudo que fora citado resta claro que, para enfrentar um suposto mal maior, o legislador, ao criminalizar o usuário, ofendeu diversos princípios constitucionais em nome de uma lei trágica, viciada e manifestadamente inconstitucional. Além disso, ainda desrespeita princípios norteadores do Direito Penal, como o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*. O referido princípio determina que a lei penal só se aplica quando somente ela é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos. Pelos exemplos citados no tópico anterior, de como outros países lidam com o tema, fica claro que há várias formas menos invasivas – e mais eficientes – que foram ignoradas pelo legislador, que em *prima ratio* determinou a competência ao direito penal. Um grande erro outrora descrito por Winfried Hassemer:

Quem toma o direito penal não como ‘ultima ratio’, mas como ‘prima ratio’ ou, até mesmo, como ‘sola ratio’, da política interna, torna as coisas muito mais fáceis e desiste, antecipadamente, das buscas por medidas de ajuda de natureza mais próxima dos problemas (2007, pag. 226).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, por tratar de um tema tão interdisciplinar, exige um esforço muito além de questões jurídicas, envolvendo temas da sociologia, filosofia, psicologia, economia, dentre tantos outros. Diante disso, apesar do esforço em elucidar o tema da forma mais clara e objetiva possível, o trabalho esbarra na infinidade do tema e nas próprias limitações atinentes a um trabalho de conclusão de curso de graduação. Há muitos argumentos ao longo do trabalho que poderiam levá-lo a discussões mais profundas, como a legalização da maconha ou a descriminalização não só do entorpecente em questão, mas de todos os demais. Porém, com o objetivo de manter o escopo do trabalho, mesmo abordando o tema a partir de um número limitado de variáveis atinentes a diferentes esferas que o cercam, houve a necessidade de limitá-lo.

Como fora exposto, além de ineficiente, a criminalização ao usuário é manifestamente inconstitucional, ofende direitos e garantias básicas constitucionais. Após um período sombrio de desprezo pela democracia e pelos direitos fundamentais, nosso texto constituinte determinou vários princípios e valores a serem seguidos e, numa democracia tão jovem, estes devem ser preservados e constantemente vigiados.

Pelos motivos e dados expostos, evidencia-se a urgência da implementação de novas políticas de enfrentamento ao tráfico e ao crime organizado, uma vez que a atual, além de ineficiente, exige altos gastos e deixa rastros de sangue onde atua. Quem financia o tráfico não é o usuário, é a lei que criminaliza o consumo e o plantio próprio, a melhor forma de enfrentar o narcotráfico é o descapitalizando, retirando seu oligopólio de um dos mercados mais lucrativos do mundo.

Além disso, na tentativa de resolver um problema, o Estado gerou outro, ao criminalizar o consumo e o plantio de uma erva com importante uso terapêutico, impossibilitou que famílias vulneráveis financeiramente tivessem acesso ao medicamento, negando-lhes o tratamento e o direito de viver com dignidade e um mínimo de qualidade de vida.

Nessas linhas finais, reitero a necessidade de uma discussão profunda quanto ao tema, deixando de lado preconceitos e tabus construídos historicamente, em prol da busca de uma sociedade mais justa, compreensiva e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PEIXOTO, M. Sentença proferida pelo juiz da 37ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL no processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208. Rio de Janeiro, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-justica-rj-rejeitando-denuncia.pdf>. Acesso em 18 jan. de 2021.

BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela Polícia Judiciária**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 899, 19 dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7722>. Acesso em: 23 ago. 2020.

LUCENA, J. **Os fumadores de maconha em Pernambuco**. Arquivos de Assistência Psicopatas, v. 4, p. 55-96, 1934.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**, Rio de Janeiro: LUAM, 1991.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General. 2ª ed., Thomson: Madrid, 2006, p. 51, SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a última ratio de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 18, mar.-abr. 2005.

(6) Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 87, p. 100, 2010.

Hirsch, Andrew von. **Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 67, p. 14, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 436-438.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 129.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORI, Ipsos. Lambeth Cannabis Policing Experiment (Tradução: Experimento de Policiamento de Lambeth Cannabis). Reino Unido. Disponível em:

<https://www.ipsos.com/ipsos-mori/en-uk/lambeth-cannabis-policing-experiment>. Acesso em 18 dez 2020.

DRAGONE, Davide; PRAROLO, Giovanni; VANIN, Paolo; ZANELLA, Giulio (2017) : **Crime and the Legalization of Recreational Marijuana**, IZA Discussion Papers, No. 10522, Institute of Labor Economics (IZA), Bonn. Alemanha, 2017. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/161145/1/dp10522.pdf>. Acesso em 18 dez 2020.

G1, GLOBO. **Governo censura pesquisa da Fiocruz sobre uso de drogas no Brasil**. 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/05/29/governo-censura-pesquisa-da-fiocruz-sobre-uso-de-drogas-no-brasil.ghtml>. Acesso em 05 de jan. 2021.

Kimberly C. Brouwer, Patricia Case, Rebeca Ramos, Carlos Magis-Rodríguez, Jesus Bucardo, Thomas L. Patterson, Steffanie A. Strathdee. Uso indevido de uso de substâncias. Manuscrito do autor; disponível no PMC em 5 de outubro de 2009. Publicado na forma final editada como: Uso indevido de uso de substâncias. 2006; 41 (5): 707–727. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2757051/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

Agência Brasil. **Suspensão de operações policiais no Rio reduz mortes em mais de 70%** - Levantamento foi feito pela Universidade Federal Fluminense em junho. Publicado em 03/08/2020 - 13:20 Por Ana Cristina Campos – Repórter da Agência Brasil - Rio de Janeiro. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/suspensao-de-operacoes-policiais-no-rio-reduz-mortes-em-mais-de-70>. Acesso em 15 fev. 2021.

BIER, David J. How Legalizing Marijuana Securing Border Border Wall Drug Smuggling Lessons (Tradução: **Como legalizar a maconha é proteger a fronteira: o muro da fronteira, o contrabando de drogas e lições para a política de imigração**). Cato Institute. Washington, D.C. Publicado em 19 dez. 2018. Disponível em: <https://www.cato.org/policy-analysis/how-legalizing-marijuana-securing-border-border-wall-drug-smuggling-lessons>. Acesso em 17 dez 2020.

SENADO FEDERAL. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx#:~:text=Segundo%20Roberta%20Duboc%20Pedrinha%2C%20especialista,submetidos%20a%20rigoroso%20tratamento%2C%20com>. Acesso em 18 out. 2020.

G1, Globo. Comissão da ONU retira a maconha de lista de drogas consideradas mais perigosas. Publicado em 02 de dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/02/comissao-da-onu-aprova-retirar-a-maconha-de-lista-de-drogas-consideradas-mais-perigosas.ghtml>. Acesso em 19 jan. 2021.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. J. bras. psiquiatr. vol.55 no.4 Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000400008 Acesso em: 19 jan. 2021.

Carta Capital. **ONU decide tirar maconha de lista de drogas mais perigosas**. Publicado em 02 dez. 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/mundo/onu-decide-tirar-maconha-de-lista-de-drogas-mais-perigosas/>. Acesso em: 23 jan 2020.

The Wall Street Journal. Have We Lost the War on Drugs? (Tradução: Perdemos a guerra contra as drogas?). Gary S. Becker and Kevin M. Murphy for The Wall Street Journal. Publicado em 04 jan. 2013. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324374004578217682305605070>. Acesso em 24 jan. 2021.

TERCEIRO, Ivanildo. **Guerra às drogas: entenda como e por que ela fracassou**. Students for Liberty. Publicado em 15 de out. 2020. Disponível em: <https://studentsforliberty.org/brazil/blog/guerra-as-drogas-entenda-como-e-porque-ela-fracassou/>. Acesso em 24 jan. 2021.

MAGALHÃES, Raul Francisco. **Crítica da razão ébria**. Annablume, 1994.

Folha de Pernambuco. Brasil deveria discutir legalização da maconha baseada em evidências, diz epidemiologista. Publicado em 22 de out. 2020. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/brasil-deveria-discutir-legalizacao-da-maconha-baseada-em-evidencias/159147/>. Acesso em: 02 de fev. 2021.

CRIADO, Miguel Ángel. Maconha já era fumada há 2.500 anos. Encontrados restos de cannabis em tumbas na Ásia Central com mais potência que as plantas silvestres. El País, publicado em 12 jun. 2019. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/12/ciencia/1560325693_718056.html. Acesso em: 02 de fev. 2021.

Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro – APERJ. **Maconha continua a droga mais consumida no mundo**. 2020. Disponível em: <http://aperjrjio.org.br/site/maconha-continua-a-droga-mais-consumida-no-mundo/#:~:text=Com%20base%20em%20estimativas%20recentes,com%20180%20milh%C3%B5es%20de%20usu%C3%A1rios>. Acesso em 16 dez. 2020.

Folha de São Paulo. **Editorial “Estado Alterado, as políticas para drogas pelo mundo”**, 2020. Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/mundo/2020/estado-alterado-as-politicas-para-drogas-pelo-mundo/brasil/efeitos-da-guerra-as-drogas/>. Acesso em 17 dez 2020.

R7. Tráfico de drogas lidera ranking de crimes em 'censo' de presos, Brasil. Publicado em 29 de fev. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020>. Acesso em 04 de jan. 2021.