



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**PROGRAMA DE ESTUDOS, PESQUISA E FORMAÇÃO EM  
POLÍTICAS E GESTÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA – PROGESP**

**Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania/MPSPJC**

Gerivaldo Alves Neiva

Do marmitex ao STF: o debate sobre a inconstitucionalidade do artigo  
28 da Lei de Drogas

Salvador – Bahia

2023

Gerivaldo Alves Neiva

Do marmitex ao STF: o debate sobre a inconstitucionalidade do artigo  
28 da Lei de Drogas

Dissertação apresentada ao Programa de Estudos,  
Pesquisa e Formação em Políticas e Gestão de  
Segurança Pública – PROGESP - Universidade Federal  
Da Bahia, Mestrado Profissional em Segurança Pública,  
Justiça e Cidadania/MPSPJC, para **obtenção do título  
de mestre em Segurança Pública.**

Orientador: Professor Riccardo Cappi

Salvador – Bahia

2023

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N417 Neiva, Gerivaldo Alves  
Do marmiteix ao STF: o debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas / Gerivaldo Alves Neiva. – 2023.  
143 f. : il., color. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Riccardo Cappi.  
Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito; Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração, Salvador, 2023.

1. Inconstitucionalidade das leis. 2. Drogas - Legislação. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Negros – Segregação - Prisioneiros e prisões. 5. Brasil - Supremo Tribunal Federal. I. Carvalho Filho, Milton Júlio de. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração. IV. Título.

CDD – 342.023

**GERIVALDO ALVES NEIVA**

**DO MARMITEX AO STF: O DEBATE SOBRE A  
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE  
DROGAS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Escola de Administração/Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, na Área de Concentração: Segurança Pública, Linha de Pesquisa: Criminalidade e Vitimização, aprovada em 20 de julho de 2023.

**BANCA EXAMINADORA**



---

Riccardo Cappi – Orientador(a)  
Doutor em Criminologia pela Université Catholique de Louvain  
Professor(a) do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Universidade Federal da Bahia



---

Marcelo da Silveira Campos  
Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo  
Professor(a) do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora



---

Mariana Thorstensen Possas  
Doutora em Criminologia pela University of Ottawa  
Professor(a) do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Universidade Federal da Bahia

À Nanda, Dudu, Aninha, Chico e Maria,  
a família mais linda e compreensiva do mundo.

*E quem garante que a História  
É carroça abandonada  
Numa beira de estrada  
Ou numa estação inglória.*

*A História é um carro alegre  
Cheio de um povo contente  
Que atropela indiferente  
Todo aquele que a negue.*

Canción por la unidade de Latino América  
Chico Buarque de Holanda e Pablo Milanés.

## RESUMO

Esta pesquisa, para fins de obtenção do título de mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania/MPSPJC, do Programa de Estudos, Pesquisa e Formação em Políticas e Gestão de Segurança Pública – PROGESP - Universidade Federal Da Bahia, pretende analisar o debate jurídico em torno da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, que tipifica como crime o uso pessoal de drogas, tendo como fonte os argumentos apresentados nos autos do processo que resultou na condenação de um detento do sistema prisional de Diadema (SP) pela posse de 03 gramas de maconha acondicionadas em um “marmitex” em sua cela. Consta dos autos, a peça inicial do Ministério Público (Denúncia), lastreada em investigação policial, a sentença proferida pela primeira instância, o recurso ao Tribunal de Justiça da São Paulo, pareceres do Ministério Público, petições da Defensoria Pública de São Paulo e, finalmente, o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF), que tem como objeto a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, sob fundamento da violação dos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do usuário. Além desses documentos, também serão objetos da pesquisa as razões e argumentos expendidos pelos “amicus curiae” que ofereceram alegações por escrito quando da habilitação. Pretende-se, ao final, analisar os argumentos contra e a favor da declaração de inconstitucionalidade em busca de alguma formulação teórica baseada nos dados encontrados.

Palavras-chave: Drogas; proibicionismo; super encarceramento; inconstitucionalidade; violação aos princípios da inviolabilidade da intimidade e vida privada.

## ABSTRACT

This research, for the purpose of obtaining a master's degree in Public Security, Justice and Citizenship/MPSPJC, from the Study, Research and Training Program in Public Security Policies and Management – PROGESP - Federal University of Bahia, intends to analyze the legal debate in around the unconstitutionality of article 28 of Law 11.343/06, which classifies the personal use of drugs as a crime, having as its source the arguments presented arguments presented in the records of the process that resulted in the conviction of an inmate in the prison system of Diadema (SP) for possession of 03 grams of marijuana packed in a “marmitex” in his cell. The records include the Public Prosecutor's Office's initial brief (Complaint), backed by a police investigation, the sentence handed down by the first instance, the appeal to the São Paulo Court of Justice, opinions from the Public Prosecutor's Office, petitions from the São Paulo Public Defender's Office and, finally, the Extraordinary Appeal to the Federal Supreme Court (STF), which aims to declare the unconstitutionality of the mentioned device, on the grounds of violation of the constitutional principles of the inviolability of the user's privacy and private life. In addition to these documents, the reasons and arguments given by the “amicus curiae” who offered written arguments upon authorization will also be the subject of research. Ultimately, we intend to analyze the arguments for and against the declaration of unconstitutionality in search of some theoretical formulation based on the data found.

Keywords: Drugs; prohibitionism; over-incarceration; unconstitutionality; violation of the principles of the inviolability of intimacy and proven life.

## FIGURAS

Figura 1 – As primeiras proibições

Figura 2 – Decisão Ministro Rui Barbosa

Figura 3 – Circular do Ministro da Fazenda

Figura 4 - Negros no fundo do porão - Johann Moritz Rugendas (1835)

Figura 5 – Roteiro dos escravos da Bahia

Figura 6 – Violência contra pessoas negras no Brasil 2021

Figura 7 – Autos de Prisão em Flagrante e Inquéritos Policiais

Figura 8 – População brasileira por cor ou raça

Figura 9 – Taxa de aprisionamento nacional

Figura 10 – Crescimento da população carcerária

Figura 11 – Relação pretos, pardos e brancos no sistema prisional

Figura 12 – Faixa etária da população carcerária

Figura 13 – Presos por tipo penal

Figura 14 – Presos por tipos penais: hediondos e equiparados

Figura 15 - Capa do jornal Correio da Bahia, 03 de agosto de 2014

## **TABELAS**

Tabela 1 – Proibições do Pito de Pango, Entrudo e Batuque

Tabela 2 – Razões da acusação, defesa e condenação

Tabela 3 – Razões da Apelação, contrarrazões e condenação

Tabela 4 – Comparativo dos votos dos Ministros do STF

Tabela 5 – Amicus Curiae pela inconstitucionalidade

Tabela 6 – Amicus Curiae pela constitucionalidade

Tabela 7 – Argumentos dos Amicus Curiae

Tabela 8 – Resumo dos argumentos

Tabela 9 – Argumentos constitucionais e outros

## **QUADROS**

Quadro 1 – Comparativo da criminalização do uso de drogas - Tramitação Nova Lei de Drogas  
– Fonte: MJ/SAL

Quadro 2 – Comparativo do recrudesimento penal ao tráfico de drogas - Tramitação Nova Lei  
de Drogas – Fonte: MJ/SAL

## **SUMÁRIO**

### **1. INTRODUÇÃO**

### **2. DROGAS: BREVE EXPOSIÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA**

2.1 Mas o que é mesmo droga?

2.2 A maconha e a maconha no Brasil

### **3 MARCOS LEGAIS SOBRE DROGAS E PROIBIÇÕES**

3.1 Proibições no Brasil colonial

3.2 Proibições no Brasil república

3.3 Proibições no Estado Novo

3.4 Proibições do regime militar

3.5 A Lei vigente: 11.343/06

3.6 A proibição da maconha é um caso à parte

### **4. AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DIREITOS HUMANOS E TEORIA CRÍTICA DO DIREITO**

4.1. A construção histórica de um sistema de garantias

4.2. A teoria crítica e a teoria crítica do direito (breves apontamentos)

### **5. A ESCRAVIDÃO, O RACISMO ESTRUTURAL E A GUERRA ÀS DROGAS**

5.1. A violência contra negros na atualidade

5.2. Um projeto genocida do Estado Brasileiro?

5.3. Guerra às drogas, pobreza e hierarquia social

5.4. Racismo estrutural

5.5. Drogas, pretos e pardos nos presídios brasileiros

### **6. O PERCURSO METODOLÓGICO DA PESQUISA SOBRE OS ARGUMENTOS NO PROCESSO OBJETO DA PESQUISA**

- 6.1. A Teorização Fundamentada nos Dados (TFD)
- 6.2. As fontes e peças processuais a serem analisadas
- 6.3. O pesquisador na pesquisa: “*Lupus in fabula*”
  - 6.3.1. A inspiração Karam

## **7. A TRAJETÓRIA DO DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE: DE DIADEMA (SP) AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- 7.1 O caso Francisco Benedito de Souza: do baculejo ao recurso extraordinário ao STF
- 7.2. A fase recursal
  - 7.2.1 O voto do Ministro Gilmar Mendes
  - 7.2.2 O voto do Ministro Edson Fachin
  - 7.2.3 O voto do Ministro Luís Roberto Barroso
- 7.3. Amicus contra e a favor da inconstitucionalidade
  - 7.3.1 As razões do IBCCRIM
  - 7.3.2 As razões dos Delegados

## **8. OS DADOS E A PROPOSTA METODOLÓGICA**

- 8.1. Síntese das razões, contrarrazões e argumentos

## **9. CONCLUSÃO**

## **REFERÊNCIAS**

## 1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa aborda a problemática das drogas, tendo como estudo o debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), desde a condenação do detento Francisco Benedito de Souza, em Diadema (SP), ao Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal, com o título: “Do marmitex ao STF: o debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas”, partindo da seguinte pergunta: como pensam e argumentam e sob quais fundamentos – jurídicos e doutrinários - dos operadores do Direito envolvidos no julgamento acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de Drogas?

Nesse sentido, a proposta é analisar o conteúdo dos argumentos contidos nas peças processuais, em diversas fases do processo, destacando os posicionamentos do Ministério Público quando ofereceu a Denúncia; da Defensoria Pública de Diadema (SP); da sentença condenatória do juízo de primeira instância; da petição do Recurso Extraordinário; parecer do Subprocurador-Geral da República em atuação perante o STF e as manifestações, por enquanto, dos três Ministros que já apresentaram seus votos: Ministro Gilmar Mendes, Ministro Edson Fachin e Ministro Luís Roberto Barroso. Além disso, pretende-se analisar os argumentos de dos *amicus curiae* que já ofereceram suas razões por escrito. Atualmente, o Recurso Extraordinário encontra-se com vistas ao Ministro Alexandre de Moraes e sem data para retornar à pauta de julgamento. Bem verdade que o Ministro Alexandre de Moraes já pediu pauta, em novembro de 2019, mas o processo foi retirado para votação de outros temas. Recentemente, a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, também já incluiu o julgamento em pauta, mas foi retirado por motivo de assuntos mais urgentes,

É importante ressaltar, de logo, que o Recurso Extraordinário versa exclusivamente acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas por infringir, em tese, os princípios constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas.<sup>1</sup> Não se trata, portanto, de descriminalização ou da legalização das drogas para consumo pessoal, pois não é esse o requerimento do Recurso Extraordinário. É verdade que o caso teve origem com a apreensão de três gramas de maconha em uma cela do Centro de Detenção Provisória de Diadema (SP), mas o Recurso não versa sobre essa situação específica, visto que o requerimento consiste na declaração da inconstitucionalidade do artigo 28, independentemente do tipo de droga encontrada com a pessoa. Resta evidente, no entanto, que

---

<sup>1</sup> Constituição da República, artigo 5º, 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.

uma das consequências práticas de um possível julgamento declarando a inconstitucionalidade do dispositivo, seria a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, inclusive a maconha. Essa possível consequência difere sob vários aspectos da legalização da maconha para consumo recreativo, a exemplo do que ocorreu recentemente no Uruguai, Canadá e diversos Estados dos Estados Unidos.

Oportuno observar que esse debate repercutiu no Supremo Tribunal Federal, em forma de um Recurso Extraordinário, sob argumento de respeito e efetividade dos princípios constitucionais. Porém, como veremos no desenvolvimento da pesquisa, terminaram permeando o debate os problemas sociais, saúde, educação e segurança pública advindos do proibicionismo, tráfico de drogas e a repressão promovida pelo Estado. Com efeito, o sistema de justiça criminal, em consequência da atual política de “guerra às drogas”, quando as ações policiais não resultam em morte de ambos os lados, tem causado um aumento considerável na população carcerária do Brasil ao condenar jovens pobres, negros e sem escolaridade como traficantes de drogas, conforme levantamento do Ministério da Justiça adiante apresentado, quando na verdade são apenas usuários ou distribuidores de drogas, também chamados de “mulas” ou “aviões”. Ademais, a legislação brasileira não estabelece critérios objetivos, conforme veremos, concedendo poderes por demais subjetivos aos operadores da justiça criminal para distinguir o tráfico do uso pessoal.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

Por tudo isso, tornou-se urgente e relevante o debate acerca da inconstitucionalidade do dispositivo e, por consequência, de alternativas para a política atual de combate ao tráfico nos moldes da Lei 11.343/06, destacando-se a possibilidade de descriminalização do uso pessoal, aqui entendida como consequência prática do julgamento do Recurso Extraordinário pelo STF, caso entenda pela inconstitucionalidade do citado dispositivo legal.

Enfim, o objetivo geral dessa pesquisa é analisar a trajetória do debate e a construção dos posicionamentos, favoráveis e contrários, sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas através das peças processuais constantes no Recurso Extraordinário em tramitação no Supremo Tribunal Federal, identificando os argumentos e razões defendidas pelos protagonistas desse debate, bem como sistematizando e classificando esses argumentos em categorias, contribuindo, destarte, para o aprofundamento do debate.

Este tipo de pesquisa empírica é importante porque permite, de forma descritiva, conhecer o que pensam os operadores do Direito envolvidos no debate a descriminalização x legalização x proibição do uso de maconha para fins recreativos, ou seja, como pensam e argumentam os envolvidos no caso em análise, seja uma juíza em atuação em juizado especial criminal ou Ministro do Supremo Tribunal Federal; membros do Ministério Público, seja uma promotora em atuação em um juizado criminal ou Procurador em atuação perante o STF e, por fim, a Defensoria Pública. O resultado dessa pesquisa, sem dúvidas, poderá ser importante ao debate, pois tem o objetivo específico de, exatamente, sistematizar esses argumentos e seus respectivos atores em busca de alguma teorização sobre o tema.

A exemplo disso, a pesquisa de Cappi (2017b) acerca dos debates parlamentares sobre a maioria penal, por exemplo, partiu da indagação “quais são as diferentes maneiras de ‘pensar’ o controle da delinquência e a justiça penal manifestadas por aqueles que se engajam nesse debate”? (CAPPI, 2017b, p. 19). Em outra pesquisa semelhante, Possas (2015), analisou o processo parlamentar de criação da lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, a chamada lei contra a tortura no Brasil, encontrando resultado surpreendente:

Que distinções como ‘conservador’ x ‘progressista’, usadas para qualificar as escolhas em matéria de direito penal, são variáveis quando se trata de avaliar crimes ‘comuns’ e crimes ‘contra a humanidade’, como a tortura”. Assim, constatou-se na pesquisa que os parlamentares definidos como conservadores defendem penas graves de prisão para crimes comuns e penas menos graves para o crime de tortura; de outro lado, os progressistas defendem penas menos graves e até alternativas para os crimes comuns e penas mais graves e sem alternativas para o crime de tortura. (POSSAS, 2015, p. 473).

Para além do debate jurídico, atualmente, diversos coletivos, associações e movimentos, sejam de usuários ou pesquisadores, discutem e apresentam alternativas à política proibicionista atual. De um lado, movimentos em defesa da continuidade ou agravamento das penas para usuários e traficantes, bem com a adoção de medidas de impedimento do usuário, a exemplo da internação compulsória em “comunidades

terapêuticas”; de outro, movimentos antiproibicionistas em defesa da legalização da maconha para uso recreativo, bem como a possibilidade do cultivo próprio.

A pesquisa gira em torno do debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de drogas, fundado em princípios constitucionais, mas sem deixar de lado os vários os argumentos a favor e contra e que terminam extrapolando essa esfera exclusivamente jurídica, constituindo um conjunto diversificado de ideias, que vão desde o jurídico-legal a aspectos de ordem moral, histórica, social, religiosa e de saúde pública. Assim, pretende-se analisar, de um lado, os argumentos dos atores favoráveis à declaração de inconstitucionalidade, a exemplo da Defensoria Pública de Diadema (SP) e do *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciência Criminal (IBCCRIM); e, de outro, os argumentos desfavoráveis, do Ministério Público e do *amicus curiae* Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil).<sup>2</sup> Por último, evidentemente, serão analisados os votos dos ministros que já se manifestaram, sendo um deles, o Ministro Gilmar Mendes, pela procedência, e os demais, Ministro Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, pela procedência somente em relação à maconha.<sup>3</sup>

O método proposto é a análise do conteúdo das manifestações jurídicas expendidas nos autos com base na Teoria Fundamentada nos Dados, TFD, (Grounded Theory), desenvolvida por Glaser e Strauss, em 1967, na obra *The Discovery of Grounded Theory*. Em pesquisa sobre a questão da maioria penal nos debates parlamentares, o professor Riccardo Cappi (2017b) utilizou-se desse método, resultando importante contribuição para o debate sobre a redução da maioria penal no Brasil. A ideia, portanto, é seguir a mesma linha, tendo como objeto de análise os documentos já mencionados.

A utilização da TFD em pesquisas sociais e empíricas no campo do Direito não é ainda muito comum e, por isso mesmo, muito desafiante para o pesquisador e será o próprio contato com o campo que ajudará a definir e orientar o restante da pesquisa (CAPPI, 2017a), visto que se trata de um método que visa a formulação de alguma proposição teórica fundada exatamente nos dados encontrados durante a pesquisa, a partir da pergunta inicial que pode ser formulada como da seguinte maneira: como pensam e argumentam e sob quais

---

<sup>2</sup> Vários “amicus curiae” foram admitidos no Recurso Extraordinário, mas poucos ofereceram alegações por escrito, dentre os quais o IBCCRIM e ADEPOL/Brasil.

<sup>3</sup> Todas as peças processuais mencionadas estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente: Recurso Extraordinário nº 635.659. Relator: Min. Gilmar Mendes: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145> <Acesso em 17 de jul. 2020>

fundamentos – jurídico, legal, político ou sociológico, os operadores do Direito envolvidos no julgamento acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas?

Neste sentido, cabe ao pesquisador observar reiteradamente os dados em busca de uma formulação teórica que ainda desconhece e que somente poderá ser formulada com a codificação e análise dos dados encontrados a partir das técnicas utilizadas. Em resumo, “a teoria enraizada se inscreve em uma perspectiva de descoberta, mais do que de verificação”. (LAPERRIÈRE, 2008, p. 357).

Uma conclusão, por consequência, também dependerá da coleta e análise dos dados contidos nas peças processuais escolhidas, seguindo a lógica do Processo Penal. A proposta, no entanto, é que se buscará alguma compreensão e contribuição teórica sobre o debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas no Supremo Tribunal Federal, considerando a possibilidade de esquematização comparativa dos argumentos dos diversos atores envolvidos nesse debate.

Atualmente, o fundamento de ordem legal para o proibicionismo é baseado na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que considera ilícita as condutas de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme disposto no artigo 33, Lei 11.343/06.

De sua vez, o artigo 28 da Lei de Drogas define a conduta classificada como consumo pessoal aquele que guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Observe-se que se repetem os núcleos “guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo”. Ora, sendo assim, o que distingue as duas condutas? A solução encontrada pela lei remete essa decisão ao Juiz, nos seguintes termos: “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”. Depreende-se, portanto, que a Lei estabelece uma mescla de critérios objetivos e subjetivos para que o Juiz decida se se trata de tráfico ou consumo pessoal. O que seria, nesse sentido, por exemplo, “circunstâncias sociais e pessoais”?

Além desses dois argumentos, discute-se também na doutrina acerca do bem jurídico violado pela conduta do usuário, ou seja, de que forma o uso de substâncias ilícitas por um

indivíduo causaria prejuízos a bem jurídico alheio? De um lado, doutrinadores defendem que o bem jurídico violado seria a saúde pública. De outro lado, argumentam outros de que o dano é individual e que o Direito Penal não pune a autolesão. Afinal, existe crime sem vítima? Além disso, argumenta-se em contrário que o uso de substâncias consideradas lícitas, a exemplo de álcool e tabaco também causam problemas à saúde dos usuários e nem por isso foram proscritas.

É em face desses fundamentos, portanto, que buscaremos nas peças processuais do Recurso Extraordinário já mencionado, os argumentos das posições contrária e a favor, ou seja, o que diz o Ministério Público em defesa da proibição do consumo pessoal, bem como o que diz a defesa em favor da inconstitucionalidade dessa proibição, o que o juiz de primeiro grau e, finalmente, como estão se posicionando os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A relevância desse julgamento pelo Supremo Tribunal Federal poderá impactar sobremaneira no Sistema de Justiça Criminal, visto que a política atual de “guerra às drogas” tem gerado forte encarceramento de jovens condenados como traficantes ou em situações que se poderia caracterizar como consumo pessoal, mas por conta de circunstâncias que envolve sua condição social, cor/raça, local da apreensão etc, terminam presos e condenados como traficantes, conforme veremos em capítulo específico.

Então, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se posiciona em definitivo, o debate sobre a legalização do uso de drogas ou descriminalização da conduta de consumo, especialmente da maconha, está sendo aprofundado em várias áreas do conhecimento. Pesquisas em ciências sociais, direito, psicologia, psiquiatria e outras áreas da medicina tratam do tema sob diferentes ângulos, principalmente para uso terapêutico. Releva esclarecer, por oportuno, que a descriminalização se refere à alteração legislativa que deixa de considerar ilícito penal o consumo de drogas e a legalização, de outro lado, importa no reconhecimento da produção e distribuição como atividade legal. Como exemplo de descriminalização, países como Portugal e Espanha adotaram políticas de atenção à condição de usuário, descriminalizando essa conduta. De outro lado, como exemplos de legalização, o Uruguai, Canadá e diversos Estados dos Estados Unidos da América (EUA), adotaram políticas que permitem a produção em larga escala para distribuição em farmácias autorizadas pelo Estado e consumo em locais apropriados, bem como a produção doméstica de uma quantidade limitada de plantas *Cannabis Sativa*.

Nesse contexto, entendemos de extrema relevância a pesquisa, visto que pode se transformar em instrumento importante na contribuição para o debate e busca de políticas

públicas alternativas ao modelo atual, ou seja, com a sistematização e análise dos argumentos apresentados pelos atores, pode-se compreender com mais profundidade as razões desses argumentos e a continuidade de forma racional desse debate pela sociedade e sistema de justiça criminal, sem paixões ou senso comum.

Por fim, conforme bem observou Hart (2014), comentando sobre a necessidade de “uma política de drogas baseada em fatos, não em ficção”, embora se referindo aos Estados Unidos, concordamos plenamente com o pesquisador americano. No Brasil, da mesma forma, ainda há muito a ser debatido sobre o tema, sem preconceitos e com bases científicas.

Para que ocorra um debate nacional sério sobre a descriminalização, é necessário em primeiro lugar que o público seja reeducado sobre as drogas, separando-se os verdadeiros riscos em potencial das invenções monstruosas ou cáusticas. (HART, 2014, p. 311).

Pois bem, iniciaremos com uma breve exposição sobre o conceito de drogas. Em seguida, entendemos pela necessidade de resgatar os marcos legais proibicionistas na legislação brasileira, desde a Colônia até a lei vigente, destacando o caso da maconha. Continuando, importante ainda o resgate da construção histórica do sistema de garantias e as contradições com a violência contra a população mais vulnerável, inserindo breve debate sobre o racismo estrutural como causa dessa violência. Finalmente, vamos aprofundar a análise das peças processuais em busca da alguma teoria que possa fundamentar esse debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

Por último, e agora por último mesmo, a partir da análise de documentos históricos e dos relatórios do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a questão do racismo estrutural ganhou destaque ao longo da pesquisa e, ao nosso ver, tornou-se imprescindível para compreensão da política de “guerra às drogas” e suas consequências. Ao final, a análise dos dados referentes à violência e aprisionamento de jovens pretos e pardos, o que não era pretensão inicial, terminou resultando em capítulo específico sobre drogas, escravidão e racismo estrutural.

## 2. DROGAS: BREVE EXPOSIÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA

Neste capítulo, a proposta é traçar um breve história das drogas e apresentar seus diversos conceitos, tendo em vista os aspectos culturais e históricos, seja do ponto de vista terapêutico, místico ou recreativo, além das definições encontradas em documentos legais, leis nacionais e tratados e internacionais, a exemplo Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), emendada pelo protocolo de 1972, Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), todas das Nações Unidas. É exatamente com base nessas convenções que a UNODC (o escritório da ONU sobre drogas e crime) auxilia os Estados-membros a desenvolver suas legislações nacionais sobre drogas, buscando estabelecer marcos legais de referência sobre o assunto, tanto nacional, quanto regional e globalmente.<sup>4</sup>

Pois bem, segundo Escohotado, (2004), as primeiras drogas apareceram em plantas ou partes de plantas, como resultado de uma coevolução entre o reino botânico e o animal. Algumas dessas plantas foram desenvolvendo defesas naturais contra espécies animais, tornando-se veneno mortal contra aqueles desprovidos de papilas gustativas específicas ou olfato mais apurado. Neste sentido, não é improvável que seres humanos também tenham sofridos as consequências das descobertas entre as plantas comestíveis, psicoativas e venenosas, fato amenizado com a revolução agrícola do período Neolítico e o surgimento do cultivo de plantas com capacidade de alimentar uma tribo inteira, antes nômade. Portanto, de uma forma ou de outra, as plantas precursoras de substâncias psicoativas fazem parte da história da espécie humana desde os primórdios, seja de forma acidental ou deliberada para obtenção de uma alteração em seu estado de consciência em cultos e outras manifestações culturais ou religiosas.

Ainda segundo Escohotado (2004, p. 15), a primeira referência escrita à popoila-dormideira, consideradas as mais antigas plantações, no sul da Espanha e da Grécia, no noroeste da África, no Egito e na Mesopotâmia, tem origem em placas sumérias de 3000 a.C. De sua vez, as primeiras notícias sobre o cânhamo aproveitado em forma de fibras datam de 4000 a.C., na China. Na Mesopotâmia, as primeiras notícias do aproveitamento da fibra do cânhamo datam do século IX a.C. e na Europa ocidental há notícias de que os Celtas, no século VIII a.C., já exportavam cordas e estopas de cânhamo para todo o Mediterrâneo.

Se o cultivo da dormideira parece originário da Europa e da Ásia Menor, o do cânhamo remonta à China. Aí foram achados os primeiros restos desta

---

<sup>4</sup> <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/index.html> <Acesso em 24 de jun. 2020>

fibra (datáveis de cerca de 4.000 a.C.), e um milênio depois no Turquistão. [...] Imemorial é também o emprego do cânhamo na Índia. [...] A primeira referência mesopotâmica ao cânhamo só se produz no século IX a.C., em tempos de domínio assírio, e menciona o seu emprego como incenso cerimonial. [...] O cultivo do cânhamo é também muito antigo na Europa Ocidental. De acordo com dados paleobotânicos. (ESCHOTADO, 2004, p. 15-16).

Outras plantas precursoras de substâncias psicoativas, segundo Eschohotado (2004), têm origem no Médio e Extremo Oriente, a exemplo do meimendro, bela-dona, daturas e mandrágora. Na América, seria autóctone certas daturas e principalmente o tabaco, consumido desde o Canadá até a Patagônia, além de outras consumidas imemorialmente pelos primeiros povos habitantes das Américas, a exemplo da coca, cactos, cogumelos, guaraná, mate e cacau.

As evidências relacionadas à história do uso das plantas precursoras do álcool, que são várias, datam de mais de 2000 a.C., principalmente as fermentadas em forma de cerveja e vinho. No Japão se tem notícias de vinho produzido a partir da fermentação do arroz e na América o cauim extraído da mandioca. Enfim, pensar em plantas precursoras de substâncias psicoativas é pensar na própria história da humanidade, ou seja, desde que o homem comeu ou mascou uma planta que lhe causou sensações ou quando bebeu um líquido que fermentou o produziu álcool, assim começa a saga da humanidade em sua relação com substâncias psicoativas.

Em vista dessa relação milenar com essas substâncias, observa Eschohotado:

Por droga – psicoativa ou não – continuamos a entender o que há milênios pensavam Hipócrates e Galeno, pais da medicina científica: uma substância que, em vez de ‘ser vencida’ pelo corpo (e assimilada como simples nutriente), é capaz de ‘vencê-lo’, provocando – em doses insignificamente pequenas quando comparadas de outros alimentos – grandes alterações orgânicas, anímicas ou de ambos os tipos. (ESCOHOTADO, 2004, p. 9).

No Almanaque das Drogas, (ARAÚJO, 2012), o autor observa da mesma forma a antiguidade da utilização de plantas pelos homens, destacando que é exatamente no período Neolítico que os homens passam a se relacionar de forma mais ativa com plantas alucinógenas e, inclusive, passou a cultivar essas plantas e já sabiam fabricar a cerveja, tendo os Sumérios deixado registros de uso de cerveja em desenhos de 4000 a.C. O uso de outras substâncias é apresentado na mesma obra: Peiote, 5700 a.C. – Texas, EUA; Coca, 8850 – 4650 a.C., Equador; Tabaco, 6000 a.C. – América do Sul; Ópio, 5700 a.C. Itália; Maconha, 10000 a.C. Taiwan; Álcool, 7000 a.C. – China. Sendo assim, como afirma o autor, a relação dos homens com substâncias psicoativas vem “desde o tempo dos ancestrais”. (ARAÚJO, 2012, p. 26).

No Brasil pós descobrimento, os primeiros visitantes que por aqui aportarem relataram o uso do cauim – bebida extraída da fermentação da mandioca –, entre os Tupinambás, em grandes cerimônias e por vários dias.<sup>5</sup>

Segundo Hans Staden, no relato publicado na Europa em 1557, os Tupinambás ingeriam cauim, bebida com algum teor de álcool extraída da fermentação do milho ou da mandioca, a noite toda e “dançam entre as fogueiras, soltam berros e sopram em seus instrumentos e fazem uma gritaria medonha quando estão embriagados. [...] No próprio lugar onde bebem, também soltam suas águas”. (STADEN, 2008, p. 146).

De acordo com outro visitante ilustre dessas terras, Jean de Léry (1941), em 1577, “com efeito, eu os vi não só beberem três dias e três noites consecutivas, mas ainda, depois de saciados e bêbados a não mais poder, vomitarem quando tinham bebido e recomeçarem mais bem dispostos do que antes. (LÉRY, 1941, p. 119).

Muitos anos depois, em 1587, quando os Tupinambás já tinham sofrido as influências e violências do colonizador, Gabriel Soares de Sousa (1987), no Tratado Descritivo do Brasil, também relatou sobre as bebedeiras dos Tupinambás:

Cantam e bailam toda uma noite às vésperas do vinho, e ao outro dia pela manhã começam a beber, bailar e cantar; e as moças solteiras da casa andam dando o vinho em uns meios cabaços, a que chamam cuia, aos que andam cantando, os quais não comem nada enquanto bebem, o que fazem de maneira que vem a cair de bêbados por esse chão [...] (SOUSA, 1987, p. 311).

Comentando esses textos, em breve pesquisa sobre “Sexo e Drogas entre os Tupinambás do século XVI”, em artigo publicado na Internet, o autor deste texto, Gerivaldo Neiva, ponderou o olhar europeu e branco sobre a cultura local, observando:

Evidentemente que tais relatos são carregados dos preconceitos e da poderosíssima moral católica que dominava a Europa no século XVI. Assim, a nudez, a poligamia, a antropofagia e tantos outros costumes resultaram na denominação daqueles povos de “selvagens” ou “bárbaros” pelos homens bem-vestidos, monogâmicos e católicos, tementes a Deus, que dizimaram milhões de índios e, ainda hoje, não nutrem nenhum respeito aos seus costumes e sua cultura. Logo, a leitura desses clássicos precisa de aguçada visão crítica, pois os olhos de quem escrevia sobre os índios que aqui habitavam viam tudo sob a ótica e paradigmas da sua cultura europeia, de

---

<sup>5</sup> O cauim, segundo o relato de Gabriel Soares de Sousa, era extraído de uma “raiz a que chamavam de aipim, que se coze, e depois pisam-na e tornam-na a cozer, e como é bem cozida, buscam as mais famosas moças da aldeia para espremer estes aipins com as mãos e com algum mastigado com a boca, e depois de espremido na vasilha, que é o que dizem que lhe põem a virtude, segundo a sua gentilidade; a esta água e sumo destas raízes lançam em grandes potes, que para isso tem, onde este vinho se coze, e está aqui se faz azedo; e como o está bem, o bebem em grandes cantares...” *Op. Cit.* p. 311. (Mantida a grafia original).

seus costumes, crenças, religião, cultura etc. Um grande desconto, por assim dizer, há de ser dado.<sup>6</sup>

Além das bebidas alcóolicas fermentadas a partir de cereais, os índios brasileiros utilizavam outras ervas em seus rituais, a exemplo da Jurema e outras plantas, além de utilizar largamente o tabaco. A cachaça extraída da cana de açúcar será fortemente consumida anos mais tarde por escravos e população pobre em geral, mas terminou sendo consumida por grande parte da população, conforme veremos adiante.

Segundo Sangirardi (1983), índios das três Américas e civilizações pré-colombianas utilizavam vários tipos de plantas alucinógenas, narcóticas, excitantes e psicodélicas em seus rituais e pelos pajés, revelando ao homem importantes descobertas na farmacologia das plantas brasileiras. Observa:

Para o branco, a droga fragmenta a personalidade: é um vício e um processo de fuga. Para o índio, a droga provoca uma comunhão com a divindade e à volta às mais profundas raízes ancestrais: é um processo de integração”. (SANGIRARDI, 1983, p. 15).

São exemplos dessas plantas: o cacto peiote (Peyotl), no atual México e Estados Unidos; as sementes das trepadeiras Convolvuláceas, no sul do México; variados tipos de cogumelos entre os Astecas; diversos tipos de Solanáceas e Daturas (Peito-de-Moça, Maikoa, Floripôndio, Erva-do-Diabo, etc); o tabaco; Paricá ou Virola com rapé; a coca, a ayahuasca e a jurema. Essa última, arbusto muito comum no nordeste brasileiro, também conhecida como Jerema, era usada por povos indígenas que habitavam a região e mencionada para fins religiosos na obra Iracema, de José de Alencar.

O tabaco merece destaque, pois era consumido desde o Canadá até o sul do continente americano por quase todos os povos que aqui habitavam. Segundo Sangirardi (1983), o tabaco tinha função mística e medicinal entre os índios:

O tabaco, ingerido ou fumado, produz o êxtase do pajé, o feiticeiro da tribo, colocando-o em contato com as forças superiores e invisíveis, que lhe permitem curar doenças, prever o futuro, afastar os maus espíritos, punir magicamente quem comete erros ou pratica malefícios. A fumaça purifica e neutraliza as forças adversas. (SANGIRARDI, 1983, p. 102).

Ainda sobre o tabaco, anos mais tarde, em 1711, André João Antonil (1967), tratando sobre a Cultura e Opulência do Brasil, observou sobre o uso do tabaco no Brasil colonial:

Os que são demasiadamente afeiçoados ao tabaco o chama erva santa, nem há epíteto de louvor que não lhe deem para defender o excesso digno de repreensão e de nota. Homens há que, parece, não podem viver sem esse

---

<sup>6</sup> <http://www.justificando.com/2014/11/27/sexo-e-drogas-entre-os-indios-tupinambas-seculo-xvi/> Acesso em 14 set. 2020.

quinto elemento, cachimbando a qualquer hora em casa e nos caminhos, mascando as suas folhas, usando de torcidas e enchendo os narizes desse pó. (ANTONIL, 1967, p. 247).

Para Escohotado (2004, p. 69), o tabaco era utilizado em “cerimônias religiosas, ritos de passagens e uso cotidiano desde a bacia do Mississippi até a Patagônia, e quando falta o tabaco, muitos aborígenes dizem que ‘a tribo é pobre’”.

Por fim, o uso de substâncias psicoativas, seja na forma de comida, bebida ou fumada, para fins místicos, terapêuticos, religiosos ou recreativos, não é um fenômeno da contemporaneidade e não pode ser compreendido senão nesse contexto histórico-cultural da humanidade. Com efeito, setores da grande mídia, religiões, movimentos culturais e o poder estatal, todos movidos por interesses os mais diversos, inclusive moral, emplacaram a ideia coletiva atual de que o uso de drogas é algo que remete a comportamentos alternativos recentes, a exemplo do movimento hippie, à contracultura e, de outro lado, como a causa da criminalidade e violência urbana.

Mesmo não sendo o objeto principal dessa pesquisa, essa breve história do uso de substâncias psicoativas é de fundamental importância para compreensão do fenômeno contemporâneo do uso problemático de drogas e da dependência química. É de se indagar, portanto, por que atualmente as pessoas fazem uso das mais diversas espécies de drogas e uns se tornam dependentes e outros usam com moderação e deixam de usar sem grandes dificuldades ou tratamento terapêutico? Da mesma forma, é de se indagar por que se aceita com normalidade as dependências e todos os problemas de saúde causados pelas drogas consideradas lícitas, a exemplo do álcool e tabaco, e são criminalizadas estigmatizadas as condutas de uso de drogas que causam menos problemas à saúde do usuário, assim como a maconha?

Por fim, como dito antes, mesmo que não seja esse o objeto específico dessa pesquisa, essa compreensão se torna fundamental para estabelecimento de alguma racionalidade no debate acerca da “legalização x proibição” do uso da maconha para fins recreativo, descriminalizando a conduta e permitindo que as pessoas possam plantar ou comprar em locais autorizados ou fomentando a atual política de guerra às drogas, que causa mais mortes e violência do que o próprio uso dessas substâncias. Esse contraponto, ou seja, a análise desse debate e dos argumentos de seus atores é o objetivo final dessa pesquisa.

## **2.1. Mas o que é mesmo droga?**

Olmo (1990, p. 21), na introdução de sua obra *A Face Oculta da Droga*, de forma metafórica, relata o seguinte diálogo:

Recentemente, um jovem perguntou a seu pai, um famoso toxicólogo inglês:

- Papai, o que é uma droga?

- Uma droga, meu filho, é uma substância que, injetada em um cachorro, produz uma pesquisa.

Segundo a autora, “essa resposta é a melhor maneira de ilustrar o que significa na atualidade a palavra droga. Sua presença se faz sentir de uma forma ou de outra, porque não há dúvida de que é o negócio – econômico e político – mais esplêndido dos últimos anos”. (OLMO, 1990, p. 21)

Para Olmo (1990, p. 22), droga é palavra genérica e sem definição precisa “porque em sua caracterização não se conseguiu diferenciar os fatos das opiniões nem dos sentimentos”. Portanto, para a autora, o mais importante não é a substância, sua definição ou efeitos que causam ao usuário, mas “o discurso que se constrói em torno dela”. (1990, p. 22). Esse, de fato, quer nos parecer o grande problema em torno da droga e possibilidades de legalização para o uso recreativo, ou seja, como superar os discursos médicos, culturais e morais em torno do tema?

A Organização Mundial de Saúde, de sua vez, define drogas psicoativas da seguinte maneira:

Drogas psicoativas são substâncias que, quando ingeridas ou administradas no sistema, afetam os processos mentais, como percepção, consciência, cognição ou humor e emoções. Drogas psicoativas pertencem a uma categoria mais ampla de substâncias psicoativas que incluem também álcool e nicotina”.<sup>7</sup>

O Organização das Nações Unidas tem aprovadas três convenções sobre o uso de controle de drogas.

As duas primeiras (Convenção Única Sobre Entorpecentes, de 1961, emendada em 1972, e a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971) visam sistematizar as medidas de controle internacional com o objetivo de assegurar a disponibilidade de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas para uso médico e científico, e prevenir sua distribuição por meios ilícitos, além de incluir medidas gerais sobre o tráfico e o abuso de drogas.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> [https://www.who.int/health-topics/drugs-psychoactive#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/drugs-psychoactive#tab=tab_1) Acesso em 08 jul. 2020.

<sup>8</sup> <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> Acesso em 08 jul. 2020.

A terceira (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988), promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, dispõe sobre medidas abrangentes contra o tráfico de drogas, inclusive métodos contra a lavagem de dinheiro e o fortalecimento do controle de percussores químicos, além de fornecer informações para uma cooperação internacional, incluindo a extradição de traficantes de drogas.<sup>9</sup>

Nessa última convenção, interessa-nos os conceitos de “entorpecente” e “substância psicotrópica”. No primeiro caso, a citada Convenção define como “qualquer substância, natural ou sintética, que figura na Lista I ou na Lista II da Convenção Única de 1961 sobre Entorpecentes, emendada pelo Protocolo de 1972 que modifica a Convenção Única de 1961 sobre Entorpecentes”. No segundo caso, como “qualquer substância, natural ou sintética, ou qualquer material natural, que figure nas listas I, II, III, IV da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971”.

Vê-se, portanto, que as Convenções não definem o que sejam drogas, mas apenas remete à lista de substâncias contidas nas convenções anteriores, ou seja, para que a substância seja considerada como “entorpecente” ou “substância psicotrópica”, necessário que estejam incluídas em lista anteriormente definida. Além disso, impõem uma série de obrigações às partes, que são amplamente adotadas pela legislação brasileira, conforme observado por Nicory (2013): “Sendo assim, a política judicial da gestão de drogas, que, em regra, representa o ideal proibicionista em seu grau máximo e tem sido bastante criticada pelo pensamento crítico, é a realização fiel de uma recomendação internacional”. (NICORY, 2013, p. 24).

Essa mesma estratégia legislativa adotou o Brasil. Com efeito, a Lei nº 11.343/06 define em seu artigo primeiro, parágrafo único, que “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”. Mais adiante, no artigo 66, das Disposições Finais Transitórias, dispõe a Lei brasileira que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”.

---

<sup>9</sup> <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> Acesso em 08 jul. 2020.

Segundo a doutrina, trata-se de lei penal em branco heterogênea, visto que remete para um órgão do Poder Executivo (Serviço de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, atualmente ANVISA) a elaboração da lista de substâncias entorpecentes, psicotrópicas e precursoras de outras, ou seja, a própria Lei define drogas de forma genérica e imprecisa como “substâncias ou produtos capazes de causar dependência”, mas remete a elaboração dessa lista ao Poder Executivo. Da análise da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, depreende-se que a citada portaria considera, inicialmente, as três convenções das Nações Unidas e somente após faz referência às leis nacionais, ou seja, ao fim e ao cabo a lei brasileira define como drogas as substâncias assim definidas pelas convenções da ONU.<sup>10</sup> Com efeito, na Lei 11.343/06 não consta as palavras “maconha”, “Cannabis sativa”, “cocaína”, “crack”, LSD etc.

A constitucionalidade de Lei Penal em Branco Heterogênea não é pacífica na doutrina, pois fere o princípio constitucional da legalidade (Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, art. 5º, II, Constituição Federal) e ao princípio constitucional da independência entre os poderes (Os poderes da união são independentes e harmônicos entre si, Artigo 2º, da Constituição Federal). Nesse sentido, defendeu Daniel Nicory (2013):

Retomando a constitucionalidade da lei penal em branco, o questionamento doutrinário faz todo o sentido, uma vez que, estando o Direito Penal submetido a um regime de legalidade estrita, que impõe a um ideal de taxatividade com previsibilidade plena e exclui a analogia *in malam partem* e a aplicação do direito costumeiro, a delegação de poderes ao executivo, nesse ponto, seria um contrassenso. (NICORY, 2013, p. 35).

No mesmo sentido, defendem Bizzoto, Rodrigues e Queiroz:

Por conseguinte, semelhante ato viola a um tempo o princípio da reserva legal, por tolerar que simples portaria emanada do Poder Executivo possa dispor sobre matéria penal, criminalizando uma dada conduta, e o princípio da divisão dos poderes, já que é aquele poder, e não o legislativo, que acaba legislando num tal caso. (BIZZOTO, RODRIGUES E QUEIROZ, 2010, p. 51).

Assim, apesar da imprecisão da definição legal – substâncias que também causam dependência e prejuízos à saúde do usuário – a cafeína, tabaco e álcool não fazem parte das listas dos documentos oficiais da ONU e nem da Portaria do Ministério da Saúde, sendo consideradas drogas apenas aquelas constantes nas referidas listas, tratadas como ilícitas ou ilegais.

---

<sup>10</sup> [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html) <Acesso em 08 jul. 2020.

Na verdade, as pessoas consomem variados tipos de drogas desde os primórdios da humanidade. Desde os “remédios psicoativos, bebidas alcóolicas, tabaco, café e substâncias ilícitas, separados por cargas simbólicas altamente significativos decorrentes de seus diversos regimes de normatização”. (CARNEIRO, 2018, p. 18).

Mais recentemente, o consumo do *crack*, derivado da preparação do pó da cocaína, tem gerado problemas à segurança pública e saúde dos usuários. Muito se discutiu no início sobre os efeitos e capacidade de dependência do *crack*, mas estudos recentes têm desmistificado essa tese e colocado o crack como apenas mais uma droga. A exemplo disso, a pesquisa do neurocientista americano Carl Hart. (2014).

Segundo Valois (2016, p. 96),

“As drogas que hoje são arbitrariamente consideradas substâncias proibidas ganharam esse status paulatinamente. Para a venda de um simples cigarro de maconha se transformar em uma relação comercial com uma carga punitiva maior do que a relativa à venda de um copo de nitroglicerina foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesses políticos e, principalmente, a cegueira oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos.” (Valois, 2016, p. 96).

Sobre o judiciário,

“A atividade do judiciário no campo da guerra às drogas tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas. O judiciário, com efeito, tem agido como verdadeiro aliado da polícia de drogas”. (VALOIS, 2016, p. 419).

Usuários e traficantes, quase sempre, são tratados como inimigos perigosos a serem combatidos em uma guerra em defesa da sociedade e da harmonia social. Na verdade, não existe guerra, pois de um lado não existem soldados ou exército inimigo a ser abatido, mas pessoas que comercializam ou usa substâncias consideradas ilícitas pela ordem jurídica dominante. Por assim dizer, trata-se de uma relação comercial em que os contratantes estão cientes das condições e do objeto do contrato.

Para essa pesquisa, portanto, resta estabelecido que ao nos referirmos a drogas estamos considerando apenas aquelas consideradas ilícitas e que produzem alterações de comportamento ou de percepção.

Da mesma forma, releva salientar, que nosso recorte diz respeito ao debate sobre a legalização da maconha para fins recreativos, deixando de lado o uso terapêutico, místico ou religioso, apesar da importância e relevância atual da utilização do Canabidiol para fins terapêuticos.

Dito isso, passemos agora ao caso específico da maconha, cuja apreensão em um marmiteix resultou no debate constitucional, relembrando brevemente sua história pelos povos antigos, a introdução no Brasil, até quando foi permitida livremente e o processo de criminalização da planta e de seus usuários.

## **2.2. A maconha e a maconha no Brasil**

A maconha, por evidente, não é o objeto de estudo principal desta pesquisa, mas considerando que o debate no Supremo Tribunal Federal (STF) relevou sobremaneira o uso da maconha, entendemos pela necessidade de introduzir um capítulo específico sobre a própria “Cannabis Sativa” e as origens do uso no Brasil.

Segundo Escohotado, (2004, p. 15), os primeiros restos da fibra de cânhamo foram encontrados na China, cerca de 4000 a.C. e cerca de um milênio depois no Turquistão. Também na Índia teria sido utilizado o cânhamo há milhares de anos. Segundo o mesmo autor, “Os principais ramos do Budismo também celebraram suas virtudes para a meditação. Em usos médicos, a planta fazia parte de tratamentos para a oftalmia, febre, insônia, tosse seca e disenteria”. (2004, p. 16). Na Europa ocidental, pesquisas indicam que no século VII a.C. os celtas já exportavam cordas e estopa de cânhamo para todo o Mediterrâneo.

Segundo o Almanaque das Drogas (ARAÚJO, 2012, p. 24), utilizando-se de outras fontes de pesquisas, em 8000 a.C. já se usava o cânhamo para fabricar cordas e tecidos, a polpa era utilizada para fazer papel, as sementes como alimento e as flores e folhas como remédio e psicoativo. Na Índia, o texto sagrado do hinduísmo, 2000 a.C. considera a planta do cânhamo como sagrada e “fonte de alegria e prazer”. (ARAÚJO, 2004, p. 25). Ainda segundo o mesmo autor, o uso psicoativo já era utilizado por gregos e romanos quando misturavam a planta com vinho e mirra em ocasiões especiais, pelo menos 1000 a.C. Esse dado do uso psicoativo é de fundamental importância histórica, pois já se sabia que o uso das fibras do cânhamo para cordas e papel data de muitos milênios a.C., mas não como substância psicoativa. Portanto, a pesquisa de Tarso Araújo (2012) traz revelação importante sobre a relação dos homens com a maconha para fins psicoativos, e não somente como fibra para cordas, panos e papel.

A pesquisa de França (2015) trata especificamente a história da maconha no Brasil. Destaca o autor, inicialmente, que a história do cânhamo teria três possíveis relações da planta com as sociedades humanas. A primeira seria a utilização do cânhamo como fibra para cordas, confecção de tecido e papel. Assim teria acontecido na Ásia, Europa, África e Oceania, mas teria sido na China, cerca de 4000 a.C., os registros de grandes cultivos de cânhamo. A fabricação do papel a partir da fibra do cânhamo, de sua vez, teria iniciado no século I a.C., também na China.

A segunda história possível das relações das sociedades com a *Cannabis sativa* seria o uso medicinal. Também na China, há evidências da utilização da planta anterior a 2000 a.C. Na Índia, a planta era utilizada, na mesma época, para cura de várias doenças: nevralgia, dor de cabeça, dor de dentes, reumatismo, inflamações, raiva, nervosismo, problemas respiratórios, diarreia, cólicas, falta de apetite, retenção de urina, infecções de pele e como afrodisíaco para problemas respiratórios. Já os Árabes utilizavam como diurético, digestivo, para amenizar a dor de ouvido e para “acalmar o cérebro”. (FRANÇA, 2015, p. 13.)

A terceira e última possibilidade (FRANÇA, 2015, p. 19) estaria relacionada ao canabismo, ou seja, o hábito de consumir a *Cannabis*, seja como bebida, comida ou fumada, motivado por suas propriedades, seja inebriante ou psicoativa, mas voltado para uma “cultura canábica” que se interessa pela qualidade da planta, sua história e que faz do uso da *Cannabis* uma forma de vida. Diferente disso seria o usuário esporádico, o “maconheiro”, que não se preocupa com a qualidade do que está fumando e desconhece a cultura e história da *Cannabis*.

Acerca dessa evolução história do uso da planta *Cannabis*, Carlini (1986), destacou o seu uso milenar, seja como medicamento ou “vício execrável” até tendências mais atuais:

Na realidade, o uso milenar da maconha pelo homem passou por várias etapas, ao longo dos séculos, e de acordo com a “moda”, preconceitos religiosos e políticos, foi considerado como útil do ponto de vista terapêutico ou vício “execrável”. Dentro dessa evolução histórica, surge nos nossos dias a tendência de considerar a maconha ou os seus princípios no tratamento de várias afecções que afligem o homem. (CARLINI, 1986, p. 70).

Sobre a disseminação da prática do canabismo, França (2015) aponta que a Europa Ocidental e mundo greco-romano não demonstraram muita empolgação pelo hábito, mas não deixou de ocorrer por parte de marinheiros e aventureiros. Na África, o canabismo se disseminou por volta do século I, provavelmente através da Península Arábica, por comerciantes árabes, e daí por quase todo o continente nos séculos seguintes, também através de marinheiros portugueses, que tiveram contato com a *Cannabis* na Índia.

A chegada da *Cannabis* na América, para vários autores, conforme veremos a seguir, estaria relacionada aos escravos trazidos da África e marinheiros portugueses. Segundo França:

A “autoria” da introdução da *Cannabis* e do canabismo na América Portuguesa e, pois, incerta: os africanos, para cá trazidos como escravos a partir da metade do século XVI, conheciam a planta e apreciavam seus efeitos inebriantes; mas muitos marinheiros portugueses, em particular aqueles frequentadores das carreiras da Índia, também eram adeptos do canabismo e conheciam a cultura da *Cannabis*. Isso, contudo, importa pouco, já que foram sem dúvida os africanos e seus descendentes que consolidaram o hábito do canabismo na sociedade local. Foi a eles que os brasileiros gradativamente associaram o gosto pela “diamba” (banguê, maconha, fumo de Angola, pito de pango, riamba, liamba etc.). (FRANÇA, 2015, p. 28).

Para o professor Luiz Mott (1986, p. 119), a história da maconha no Brasil também não é satisfatoriamente esclarecida, mas elenca vários autores que defendem a introdução por negros escravizados na África e trazidos para o Brasil, todos participantes da Coletânea de Trabalhos Brasileiros sobre a Maconha, publicada pelo Ministério da Saúde, em 1958. Além disso, lembra Mott (1986, p. 120), conforme também já observamos, os primeiros visitantes que por aqui aportaram após o descobrimento, relataram minuciosamente os costumes dos povos originários que por aqui viviam, bem como sobre a fauna e a flora, sendo que nenhum deles faz qualquer menção ao uso do cânhamo.

De sua vez, o médico Rodrigues Dória (1958), a quem a historiadora Luísa Saad (2019) dedicou o primeiro capítulo de sua pesquisa sobre a criminalização da maconha no pós-abolição, em texto para o Segundo Congresso Científico Pan-Americano, reunido em Washington, em 1915, afirmou categoricamente que “a planta não é, entretanto, brasileira, como afirmam os primeiros lexicógrafos citados, e informam alguns fumadores, que dizem fôra primitivamente usada pelos índios”. (1958, p. 2).

Destaque-se, por oportuno, que a relação que Dória (1958) faz entre o cânhamo e os escravos brasileiros é diretamente associada ao vício pernicioso e degenerativo:

Em 13 de maio de 1888, por entre alegrias e festas, foi promulgada a lei que aboliu a escravidão no Brasil e integrada a nacionalidade com os libertados, tornados cidadãos; mas no país já estavam inoculados vários prejuízos e males da execrável instituição, difíceis de exterminar. Dentre esses males que acompanharam a raça subjugada, e como um castigo pela usurpação do que mais precioso tem o homem – sua liberdade – nos ficou o vício pernicioso e degenerativo de fumar as sumidades floridas da planta aqui denominada fumo d’Angola, maconha e diamba, e ainda por corrupção, liamba ou riamba. (DÓRIA, 1958, p. 1).

Em todo seu texto, Dória (1958) relaciona o uso da maconha à prática de crimes, a loucura, delírio furioso e alucinações, defendendo que “aos crimes praticados durante a embriaguez da diamba, se devem aplicar as disposições penais, relativas à embriaguez alcohólica em um estado de loucura ou insônia que o privam da consciência e liberdade [...]”. (DÓRIA, 1958, p. 10). Mais que isso, no entanto, o uso da maconha, segundo Dória é algo próprio da raça preta, selvagem e ignorante, bem como utilizada por feiticeiros, no candomblé e catimós para provocar alucinações. Essa compreensão transcorreu décadas e, ainda hoje, a maconha continua relacionada à prática de crimes pela população jovem e negra da periferia, fomentando a repressão militar sobre esses grupos, matando ou encarcerando.

Na verdade, conforme veremos em capítulo específico, ainda em meados do século XIX, Códigos de Posturas de algumas cidades já proibiam o uso do “Pito de Pango”, “Entrudos” e “Batuques”.

Contemporaneamente, segundo Becker (2008), o uso da maconha envolve questões de ordem moral e cultural e seu controle social também tem nuances da mesma natureza:

Considerações de moralidade e conveniência, ocasionadas por reações da sociedade, podem interferir no uso e inibi-lo, mas este continua a ser uma possibilidade em termos de concepção que a sociedade tem da droga. [...]. Aprender a gostar de maconha é uma condição necessária, mas não suficiente para que uma pessoa desenvolva um padrão estável do uso da droga. Ela precisa lutar ainda com as poderosas forças de controle social que fazem o ato parecer inconveniente, imoral ou ambos. (BECKER, 2008, p. 69).

Em consequência, por isso mesmo, usuários de maconha são estigmatizados, em razão de seu vício, (GOFFMAN, 1988), como “maconheiros” e vítimas de preconceitos, discriminação e vítimas em potencial da violência e do controle social através do sistema de justiça criminal, monopólio do Estado punitivista.

Por fim, se a apreensão de três gramas de maconha resultou na condenação de um detento, também possibilitou a existência de um Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, tendo como objeto exatamente a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, que define como crime algumas condutas diferentes do tráfico, embora sem pena privativa de liberdade.

## 3. MARCOS LEGAIS SOBRE DROGAS E PROIBIÇÕES

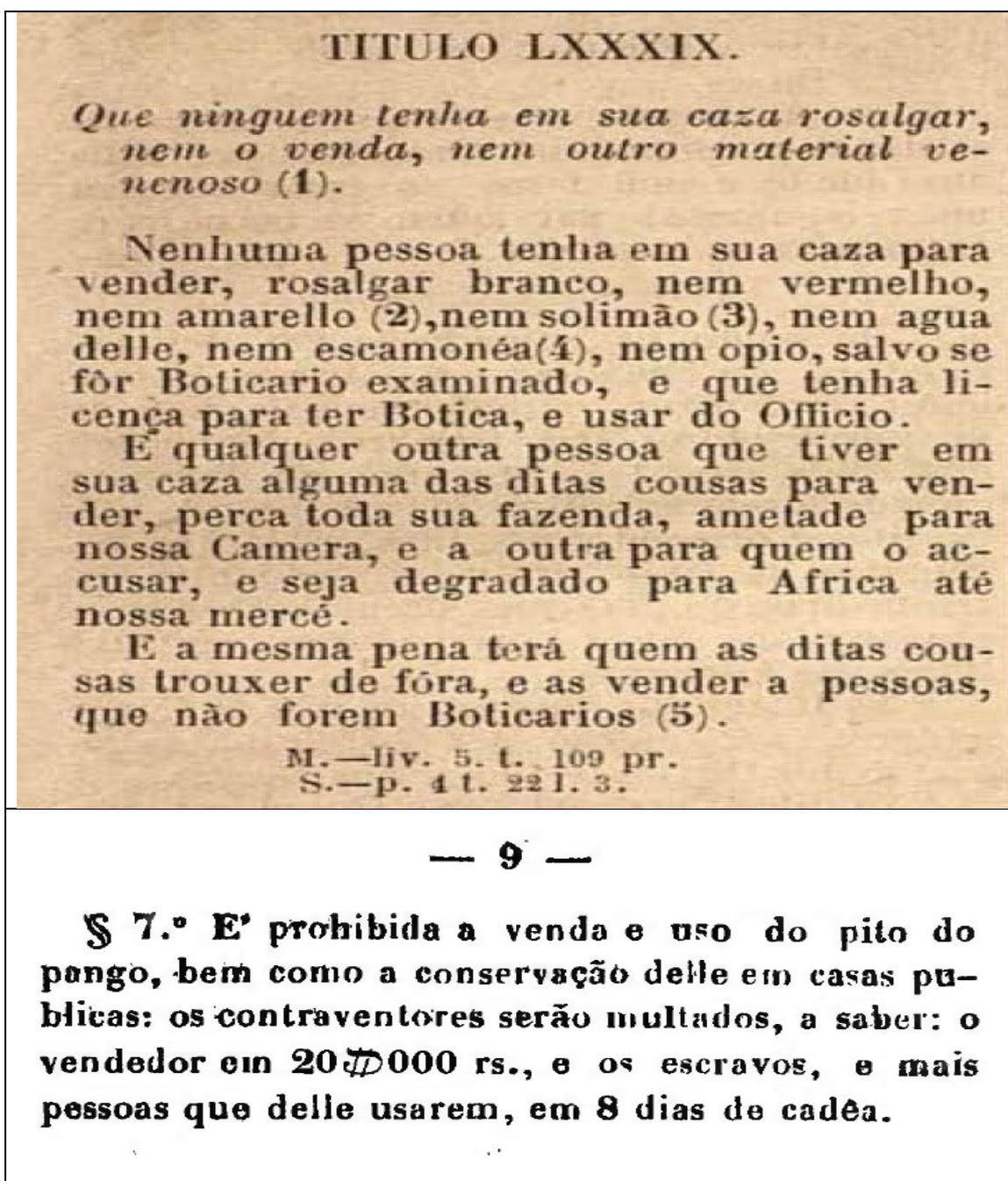


Figura 1 – As primeiras proibições

Fonte: Fac-símiles do trecho das Ordenações Filipinas (1851) em que se proibia a posse e venda de certas substâncias e do Código de Posturas da Câmara do Rio de Janeiro (1830), que proibia a venda e o uso do “Pito do Pango”.

Para compreensão da importância do debate travado na corte constitucional brasileira acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, importante o resgate histórico sobre a evolução da legislação brasileira sobre o tema. É o que faremos nesse capítulo.

Luciana Boiteux (2006) encontrou forte influência dos Estados Unidos na formulação legislativa brasileira sobre o proibicionismo:

Na análise da legislação brasileira deve ser destacada a constante influência da política *antidrogas* norte-americana, em especial a partir da década de 70, enquanto com o aumento da percepção da problemática, e a identificação do consumo de drogas com os movimentos contestatórios. Na época o Presidente Nixon afirmou publicamente que a heroína era o inimigo nº 1 da nação, para justificar a repressão às drogas e o incremento da pressão sobre países produtores para que esses reprimissem o cultivo e a exportação do entorpecente. O “inimigo externo” estaria representado nas figuras dos traficantes latino-americanos, que seriam os alvos da juventude norte-americana. (RODRIGUES, p. 152)

Na verdade, um evento legislativo não é obra do acaso. Necessita sempre de uma vontade coletiva (Parlamento ou iniciativa popular) ou influência de outros Estados na conformação de uma política regional ou de geopolítica. Nos regimes constitucionais, legitimados pelo sistema democrático e de Direito, a proposta normativa, a depender do sistema político vigente, necessita ainda seguir trâmites previstos no próprio sistema normativo até que se transforme em lei através da sanção de quem tem poderes para tanto. Esta é a lógica, grosso modo, da elaboração legislativa nos Estados Modernos.

O Direito brasileiro segue a tradição positivista e é essencialmente normativo, ou seja, tem a norma como sua fonte principal, senão a única em alguns casos, embora a própria tradição positivista aponte também como fontes do direito a analogia, os costumes, doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito.

Neste sentido, para a Ciência Pura do Direito (Kelsen, 2006),<sup>11</sup> a norma tem o sentido de determinar as condutas humanas de acordo com seu conteúdo, proibindo, permitindo, consentindo, facultando, prescrevendo etc.

Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. [...] Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. (Kelsen, 2006, p. 5).

As motivações e justificativas para o surgimento desses atos normativos não fazem parte das exigências para a validade da norma no ordenamento, ou seja, se a proposta legislativa seguiu o rito previsto e foi sancionada por quem tinha poderes para tanto, diz-se

---

<sup>11</sup> A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É a teoria geral do Direito, não interpretação de particulares de normas jurídicas nacionais ou internacionais. (KELSEN, 2006, p. 1)

que a norma é legal, tem validade e precisa ser cumprida por todos, sob pena de arcar com as consequências pela violação da conduta prevista na lei.

A crítica ao positivismo, a exemplo da concepção dialética defendida, dentre outros por Agostinho Ramalho Marques Neto (2001), importa em uma alternativa ao direito fundado exclusivamente na norma, relativizando:

A norma jurídica constitui apenas um dos aspectos da elaboração do Direito, nem mais nem menos importante do que os demais. Ela é o momento técnico, prático, aplicado, da ciência do Direito. A elaboração normativa sofre fortes influências do sistema político e ideológico dominante em cada sociedade, às quais não está isenta, por seu turno, a própria elaboração teórico-científica, que não é absolutamente neutra. É preciso, todavia, que não sejam olvidadas, na construção das normas jurídicas, as contribuições teóricas que a ciência oferece. (MARQUES NETO, 2001, p. 130).

Com as drogas não foi diferente. Em determinado momento da história, algumas substâncias foram proscritas, através de atos normativos, incluindo o cultivo de determinadas plantas, enquanto outras substâncias permaneceram sob o manto da legalidade. Assim, para a tradição legalista e positivista, a fonte está posta e deve ser obedecida por todos: a Lei.

No caso específico desta pesquisa, no nosso ordenamento existe uma norma que proíbe o cultivo da planta “Cannabis sativa”, bem como uma série de condutas previstas no artigo 33, lei 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas. Além disso, o artigo 28 da referida Lei também impõe restrições de direitos para quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal”.

Por fim, temos, de um lado, o ordenamento jurídico brasileiro que adota a tradição positivista e normativista e, de outro lado, juristas críticos que questionam esse modelo e propõem alternativas na interpretação da norma. Dessa forma, com base na norma vigente, juízes e tribunais condenam usuários e pequenos traficantes a penas restritivas de direitos e privativas de liberdade; enquanto isso, outros questionam essa mesma norma, realizam o controle difuso da constitucionalidade para o caso específico para rejeitar Denúncias oferecidas pelo Ministério Público ou mesmo absolver os acusados.

Retornando ao início, vimos que um Decreto de 1851 alterou as Ordenações Filipinas para inserir a proibição do uso e venda de certas substâncias e, bem antes disso, em 1830, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro criminalizava o uso e posse do Pito de Pango. A nosso ver, são duas proibições absolutamente diferentes, visto que a primeira se destina,

basicamente, aos boticários e substâncias tóxicas e a segunda se destina, basicamente, aos escravos que usavam o pango para uso recreativo ou medicinal antes de qualquer proibição.

No mesmo sentido, aponta Luciana Boiteux:

“As Ordenações Filipinas continham alguma regulamentação sobre o controle de determinadas substâncias, mas ainda não havia, de fato, proibição, ou incriminação específica sobre entorpecentes. Era proibido “ter em casa, ou vender, rosalar, ópio ou outro material venenoso, sem ser boticário ou pessoa autorizada a tanto”, de acordo com o título 89, com pena de “perda de sua fazenda e degradação para a África”. (RODRIGUES, p. 136).

Essa é uma longa história, mas que precisa ser contada para que se entenda o presente.

### 3.1. Proibições no Brasil colônia

Pesquisadores e historiadores, a exemplo de Carvalho (2013), Campos (2015) e Ribeiro (2016), dentre outros, remetem as primeiras normas proibitivas no Brasil às Ordenações Filipinas, cujo dispositivo transcrevemos no português de então:

#### TÍTULO LXXXIX

Que ninguém tenha em sua caza rosalar nem o venda, nem outro material venenoso.

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem a água dele, nem escamonéa, nem opio, alvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.<sup>12</sup>

Fundamental observar as notas explicativas do dispositivo, que define “as ditas cousas”, para se entender o caráter das substâncias e a possível causa da proibição. A primeira nota observa que “os delictos desta ordem tem seu assento no Dec. n. 828 – 29 de Setembro de 1851 que mandou executar o Regulamento da Junta de Hygiene Pública”.

Em seguida, a próxima nota define, por exemplo, que “rosalar” é o óxido de arsênico, uma substância altamente tóxica e prejudicial à saúde humana, podendo levar à morte. A nota seguinte é explicativa para “solimão”: “Corrupção de sublimado. He o sal de mercúrio corrosivo, hoje chlorato de mercúrio”. Trata-se, também, de substância altamente tóxica e prejudicial à saúde humana. A “escamonéa” é definida nas notas como sendo “uma planta de

<sup>12</sup> [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186\\_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y)  
Acesso em 14 fev. 2022.

cuja raiz se estrahe por incisão um suco resinoso, catártico mui activo, diagridio. A planta he um convolvulus, tem a raiz mui grossa e branca”. A raiz da escamonéa era usada para fins medicinais e poderoso purgativo. Por fim, o ópio também era usado como analgésico, sedativo ou tranquilizante, embora causasse dependência.

Como se vê, portanto, a proibição de “ditas cousas” estava mais relacionada à saúde das pessoas e controle dos boticários do que outra razão de ordem moral, religiosa ou recreativo, bem como o controle sobre os Boticários. Muito menos, a proibição constante nas Ordenações Filipinas pode ser entendida como a origem da proibição as substâncias psicotrópicas para consumo recreativo. Daí, é questionável se podemos adotar as Ordenações como marco inicial do proibicionismo, ou seja, as substâncias proibidas à época tinham características voltadas muito mais para a possibilidade de envenenamento voluntário de pessoas e ao controle dos fabricantes dessas substâncias.

Por evidente, não se pode confundir a proibição da venda de venenos e substâncias tóxicas, muito mais destinada aos Boticários, com o uso de substâncias entorpecentes a ser usadas para fins recreativos, manifestações místicas ou psíquicas.

Pois bem, o Código Criminal do Império do Brazil (1830) não fez referência à proibição de consumo ou comércio de entorpecentes. Aliás, o referido código não faz referência a condutas relacionadas à saúde pública ou sanitária.<sup>13</sup>

### **3.2. Proibições no Brasil república**

Mais adiante, o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, de 1890, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, dedicou um capítulo aos crimes contra a saúde pública e, lembrando as proibições do império com relação aos Boticários, estabeleceu o tipo penal de “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários” (art. 59). Além disso, o Código trazia previsão de outros crimes relacionados à saúde pública e outras práticas, a exemplo do espiritismo e curandeirismo.<sup>14</sup>

#### CAPITULO III DOS CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:

Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

<sup>13</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) Acesso em 14 fev. 2022.

<sup>14</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm) Acesso em 14 fev. 2022.

Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio ilegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

Penas - de prisão celllular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

§ 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas:

Penas - de prisão celllular por um a seis annos e multa de 200\$ a 500\$000.

§ 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.

Art. 158. Ministrarr, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fôrma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:

Penas - de prisão celllular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

Paragrapho unico. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou apparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade:

Penas - de prisão celllular por um a seis annos e multa de 200\$ a 500\$000.

Si resultar a morte:

Pena - de prisão celllular por seis a vinte e quatro annos.

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrarr, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

Pena - de multa de 200\$ a 500\$000.

Art. 160. Substituir, o pharmaceutico ou boticario, um medicamento por outro, alterar o receituario do facultativo, ou empregar medicamentos alterados:

Penas - de multa de 100\$ a 200\$ e de privação do exercicio da profissão por seis mezes a um anno.

§ 1º Si por qualquer destes actos for compromettida a saude da pessoa:

Penas - de prisão celllular por quinze dias a seis mezes, multa de 200\$ a 500\$ e privação do exercicio da profissão por um a dous annos.

§ 2º Si de qualquer delles resultar morte:

Penas - de prisão celllular por dous mezes a dous annos, multa de 500\$ a 1:000\$ e privação do exercicio da profissão.

§ 3º Si qualquer destes factos for praticado, não por imprudencia, negligencia ou impericia na propria arte, e sim com vontade criminosa;

Penas - as mesmas impostas ao crime que resultar do facto praticado.

Art. 161. Envenenar fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe, e viveres destinados a consumo publico:

Pena - de prisão celllular por dous a seis annos.

Si do envenenamento resultar a morte de alguma pessoa:

Pena - de prisão celllular por seis a quinze annos.

Art. 162. Corromper, ou conspurcar, a agua potavel de uso commum ou particular, tornando-a impossivel de beber ou nociva á saude:

Pena - de prisão celllular por um a tres annos.

Art. 163. Alterar, ou falsificar, substancias destinadas á publica alimentação, alimentos e bebidas:

Penas - de prisão cellualar por tres mezes a um anno e multa de 100\$ a 200\$000.

Art. 164. Expor á venda substancias alimenticias, alteradas ou falsificadas:

Penas - as mesmas do artigo antecedente.

Paragrapho unico. Si de qualquer destes factos resultar perigo para a vida, ou a morte da pessoa:

Pena - a imposta ao crime que do facto resultar. (mantida a grafia).

Depreende-se, mais uma vez, que até o Código Penal de 1890, os tipos penais eram mais relacionados a substâncias venenosas ou precursoras de medicamentos que poderiam causar risco à saúde das pessoas. Sem comparação, portanto, com os mecanismos e razões da proibição na contemporaneidade.

Já no século XX, o Decreto nº 2.861, de 08 de julho de 1914, assinado pelo então Presidente da República Hermes da Fonseca, “Approva as medidas tendentes a impedir o abuso crescente do opio, da morphina e seus derivados, bem como da cocaina, constantes das resoluções aprovadas pela Conferencia Internacional de Opio, realizada em I de Dezembro de 1911 em Haya”.<sup>15</sup>

Logo em seguida, já na presidência de Wenceslau Brás, foi editado o Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, que “promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocollo de Encerramento, assinados na Haya, a 23 de janeiro de 1912”.<sup>16</sup>

Em linhas gerais, importante relembrar que o comércio e uso do ópio já havia causado duas guerras entre Inglaterra e China (1839-1842 e 1856-1860). Segundo pesquisas de Carneiro (2018, p 94-95), “a proibição total da importação de ópio na China, a partir de 1796, levou, assim, a ampliação de um mercado clandestino já existente, que passou a ser abastecido pela importação por meio de contrabando.” Este comércio clandestino, mas muito rentável, gerou conflitos entre os comerciantes ocidentais e as leis de interdição chinesas, resultando em dois episódios conhecidos como “guerra do ópio”.

No entanto, somente em 1909 diversos países se reúnem para discutir o problema do consumo do ópio, preocupados com o aumento do consumo e as consequências para a saúde pública, formando a Comissão do Ópio de Xangai. Mais tarde, em 1912, em Haia, esse movimento vai resultar na primeira Conferência Internacional do Ópio e na elaboração do

---

<sup>15</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2861-8-julho-1914-575437-publicacaooriginal-98630-pl.html> Acesso em 15 fev. 2022.

<sup>16</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D11481.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D11481.html) Acesso em 15 fev. 2022.

primeiro tratado internacional sobre o tema das drogas, a Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia, em 23 de janeiro de 1912.

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), interpretou o momento como resultado da necessidade da cooperação internacional no controle de drogas enquanto causadora de problemas por causa do consumo abusivo.

Antes da adoção da Convenção de 1912, o mundo vinha presenciando uma situação crítica em relação às drogas. Na maioria dos países, o comércio de drogas não havia sido regulado e o abuso de substâncias era generalizado. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, em torno de 90% do consumo de drogas na época destinava-se a propósitos não médicos. Na China, estimava-se que a quantidade de opiáceos consumidos cada ano, no início do século XX, correspondesse a mais de 3.000 toneladas em equivalentes de morfina – número significativamente maior do que o do consumo global (tanto lícito, quanto ilícito) cem anos depois. A assinatura da Convenção de 1912 refletiu o reconhecimento naquela época da necessidade da cooperação internacional no controle de drogas.<sup>17</sup>

Retornando à linha evolutiva da legislação proibicionista no Brasil, podemos agora compreender que as proibições das Ordenações Filipinas e do Código Penal de 1890 ainda estão distantes do sentido da proibição estabelecida na Convenção Internacional do Ópio, promulgada pelo governo brasileiro em 1914/1915.

Neste novo sentido proibicionista, movido agora pela Convenção Internacional do Ópio, a legislação brasileira assume esse perfil sanitarista e o dependente químico passa a ser tratado como problema sanitário e que deve ser internado para tratamento da doença.

A exemplo disso, o Decreto nº 4.294, de 06 de julho de 1921, regulamentado em seguida pelo Decreto 14.969, de 03 de setembro do mesmo ano,<sup>18</sup> que revogou alguns dispositivos do Código Penal de 1890:<sup>19</sup>

“Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina 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”.

O artigo 1º, parágrafo único, do citado decreto, inaugura esta nova fase do ordenamento fazendo referência expressa ao termo “entorpecente”, relacionando com o ópio e cocaína:

---

<sup>17</sup> [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_drugs/INCB/INCB%202011/2011\\_INCB\\_ANNUAL\\_REPORT\\_portuguese\\_References\\_to\\_Brazil\\_PDF.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf) Acesso em 15 fev. 2022.

<sup>18</sup> <https://legis.senado.leg.br/norma/428217/publicacao/15798860> Acesso em 15 fev. 2022.

<sup>19</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html> Acesso em 15 fev. 2022.

Art. 1º Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorizaçãõ e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

Pena: multa de 500\$ a 1:000\$000.

Parapho unico. Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaina e seus derivados:

Pena: prisãõ cellular por um a quatro annos.

Seguindo o novo sistema de controle internacional, através do Decreto nº 22.950, de 18 de julho de 1933, o governo brasileiro promulga a Convenção Internacional do Ópio, firmada em Genebra, a 19 de fevereiro de 1925.<sup>20</sup> O mesmo vai acontecer com a Convenção de Genebra de 1931, através do Decreto nº 113, de 13 de outubro de 1934, que promulgou a “Convenção para limitar a fabricação e regulamentar a distribuição dos estupefacientes e o respectivo Protocolo de assinatura, firmados em Genebra, a 13 de julho de 1931.<sup>21</sup>

Prosseguindo com as recomendações das Convenções de Genebra, o Decreto 20.930, de 11 de janeiro de 1932 (alterado pelo Decreto 24.505. de 29 de junho de 1932 e, em seguida, revogado pelo Decreto 891, de 25 de novembro de 1938),<sup>22</sup> inova no campo legislativo ao elencar as substâncias consideradas tóxicas de natureza analgésica ou entorpecente, bem como a possibilidade de revisão pelo Departamento Nacional de Saúde Pública.

Além disso, o citado Decreto estabelece a obrigatoriedade de licença especial da autoridade sanitária para “fabricar, importar, exportar, reexportar, vender, trocar, ceder, expor ou ter para um desses fins, qualquer das substâncias discriminadas no art. 1º” (art. 2º), ou seja, o Decreto não proíbe indiscriminadamente, mas estabelece exigências com relação às substâncias que considera entorpecentes.

O Decreto também define as condutas, incluindo a posse, e as penas para as violações dessas condutas, inclusive o pagamento de multa e pena privativa de liberdade. Seguindo a tendência sanitarista e higienista, o Decreto 20.930/32 define a toxicomania ou o uso habitual de entorpecente como doença de notificação compulsória, bem como a possibilidade de internação obrigatória. (artigos. 44 e 45).

Essas normas foram consolidadas através do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932 (Consolidação das Leis Penais, elaborada pelo então Desembargador Vicente Piragibe), que terá vigência até 1940, quando da promulgação do atual Código Penal.

<sup>20</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22950-18-julho-1933-558999-publicacaooriginal-80788-pe.html> Acesso em 16 fev. 2022.

<sup>21</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1934/D00113.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1934/D00113.html) Acesso em 16 fev. 2022.

<sup>22</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html> Acesso em 15 fev. 2022.

Em 1938, poucos antes do Código Penal, o Estado brasileiro editou o Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938, que promulgou a convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, resultado da Conferência realizada em Genebra, em 26 de julho de 1936.<sup>23</sup>

Nesta Convenção, as Partes Contratantes assumem o compromisso de “baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade”, bem como compartilhar as leis e regulamentos promulgados para o cumprimento e funcionamento da Convenção, através de relatório anual.

Antes do advento do Código Penal Brasileiro de 1940, teremos ainda o Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936, que criou a Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes com objetivos específicos:

Artigo 3º. A Comissão terá a seu cargo o estudo e a fixação do normas geraes de accção fiscalizadora do cultivo, extracção, producção, fabricação, transformação, preparo, posse, importação, reexportação, offerta, venda, compra, troca, cessão, bem como a repressão do trafico e uso illicitos de drogas entorpecentes, incumbindo-lhe todas as attribuições decorrentes dos objectivos geraes, para os quaes é constituída.

Artigo 4º. A Comissão terá, ainda, a seu cargo a elaboração do ante-projecto de consolidação das leis, em vigor, sobre entorpecentes a ser submettida ao Poder Legislativo; o preparo de instrucções a serem approvadas pelos Ministremos competentes, bem como as que dizem respeito á actuação dos delegados, plenipotenciarios ou representantes do Brasil em congressos ou conferencias internacionaes sobre a materia.<sup>24</sup>

Essa Comissão teve papel importante no debate sobre o fenômeno das drogas no Brasil, a exemplo dos estudos e pesquisas publicados na coletânea “Maconha (coletânea de trabalho brasileiros). Na segunda edição dessa coletânea, lançada em 1958, consta o prefácio subscrito por Irabussú Rocha, Diretor do Serviço Nacional de Educação Sanitária, que retrata a compreensão de então acerca dos usuários de maconha:

Não é um problema nacional, é um problema mundial.

Não é um problema novo, ele se perde no horizonte do tempo.

Mas aí está ele desafiando a nós todos que cuidamos da eugenia da raça.

Combatê-lo frontalmente destruindo as plantações do cânhamo parece-nos não resolverá.

Considerá-lo à margem da lei, como é, com uma intensa propaganda educativa, é malhar em ferro frio, seus viciados geralmente pertencem a

---

<sup>23</sup><https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=2994&ano=1938&ato=3c90TWq1kenpXT58>  
0 Acesso em 15 fev. 2022.

<sup>24</sup><https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 15 fev. de 2022.

última e mais baixa escala social, são mesmo analfabetos e sem cultura. (Prefácio à 2ª edição).

Pois bem, no início dos anos 30 teremos profundas mudanças na política e condução do Estado Brasileiro, que também vai resultar na forma de tratar as questões de segurança pública. Com efeito, de 1937 a 1945, o Brasil vai viver a experiência autoritária que a história denomina de Estado Novo.

### 3.3. Proibições no Estado Novo

Antes do Código Penal de 1940, o Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, que terá duração efêmera, inaugurou os tipos penais de plantar, cultivar e colher. Além disso, manteve o conceito de toxicomania com doença de notificação obrigatória e incluiu a possibilidades de internação por conveniência da ordem pública e “quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo”, por tempo indeterminado.<sup>25</sup>

O Código Penal de 1940 revogou as normas anteriores e, em sua redação original, no Capítulo III - Dos Crimes Contra a Saúde Pública, estabeleceu:

#### **Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes**

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

[...]

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - Utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribue de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.<sup>26</sup>

Depois da turbulência do Estado Novo e de muitas movimentações no campo da política, em 1964 instala-se no Brasil um regime militar, que também vai impactar na formulação de normas relacionadas à segurança pública e, particularmente, sobre a questão das drogas.

### 3.4. Proibições no Regime Militar

<sup>25</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm) Acesso em 16 fev. de 2022.

<sup>26</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 16 fev. 2022.

Aponta bem Carvalho (2013) que na esteira da codificação de 1932, o novo Código Penal também traz para seu conteúdo um capítulo acerca do comércio e uso de drogas, embora sofra as alterações da Lei nº 4.451, de 04 de novembro de 1964<sup>27</sup> e do Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968.<sup>28</sup> Essas normas alteraram o artigo 281, do Código penal, destacando a alteração do Decreto-Lei nº 385/68, que equiparou o traficante ao consumidor, inaugurando uma nova fase no tratamento ao usuário de drogas, aplicando a mesma pena do caput a quem “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

A partir de então, “inicia-se na legislação pátria um amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática-jurídico penal)”. (CARVALHO, 2013, p. 61).

Neste caminhar, em 1971 também terá duração efêmera a Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, visto que será brevemente revogada 05 anos depois pela Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. O destaque para esta norma é a manutenção do artigo 281, do Código Penal, com a equiparação entre usuário e traficante e o aumento da pena.<sup>29</sup>

No resumo de Salo de Carvalho (2013, p. 67), “a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei nº 11.343/06”.

De sua vez, a Lei nº 10.409/02, após o veto presidencial aos artigos definidores dos crimes e das penas, restou apenas a parte processual. Passamos, então, a viver a situação inusitada de vigência de duas leis sobre o mesmo tema, sendo uma delas referente aos crimes e penas e outra referente ao processo penal.

Por fim, concluímos esta longa jornada histórica, de modo sucinto, mas necessária a um trabalho desta natureza, desde as Ordenações Filipinas até a Lei 11.343/06 (analisada no capítulo seguinte) e, mais especificamente, em seu artigo 28, § 2º, e o debate sobre sua constitucionalidade.

Importante destacar, como dito no início, que as referências legislativas iniciais se referiam à proibição de fabricação e uso de substâncias tóxicas ou venenosas, principalmente por parte das Boticas de então. Somente após as guerras do ópio e o uso problemático dessa

---

<sup>27</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm#art281](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm#art281) Acesso em 16 fev. 2022.

<sup>28</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm) Acesso em 16 fev. 2022.

<sup>29</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm#art281](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm#art281) Acesso em 16 fev. 2022.

substância, principalmente na China, países irão se reunir em Convenções Internacionais para estabelecer regras com relação à produção e controle de uso de substâncias agora consideradas como entorpecentes ou estupefacientes.

Nesta compreensão, entendemos possível considerar as Ordenações Filipinas como marco inicial do proibicionismo, visto que somente depois da Convenção de Haia de 1912 o Brasil vai adotar legislação, a partir de 1915, com proibições referentes ao ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína. Com relação à criminalização do uso, vimos que somente a partir 1932, Decreto 20.930/32, e agravado em 1938 com a possibilidade de internação de usuários. Por fim, o artigo 281, do Código Penal de 1940, vai pormenorizar várias condutas e penas relacionadas ao tráfico e consumo de drogas.

### 3.5 A Lei Vigente: 11.343/06

Em tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia do Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Sociologia, Campos (2015) dissecou minuciosamente o processo político e legislativo de elaboração da lei vigente sobre drogas, a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Segundo Campos (2015), o processo legislativo teve início em 07 de maio de 2002 com a apresentação de Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 115 de 2002 pelo “Grupo de Trabalho – Subcomissão – Crime organizado, Narcotráfico e Lavagem de Dinheiro (Grupo 3)”. Depois de 4 anos, em 24 de agosto de 2006, foi publicada a Lei nº 11.343, resultado de substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado.

O quadro sintético elaborado por Campos (2015) destaca a evolução da proposta inicial até a concretização do texto legal, seja em relação ao uso ou o tráfico de drogas.

### USO DE DROGAS – REDAÇÃO DO ARTIGO E PUNIÇÃO

PLS 115/2002	PL 7134/2002	PL 6108/2002	Substituto da Câmara 20/02/2004	Lei 11.343/06
Art. 22. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo	<b>Art. 22.</b> Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo	<b>Art. 22-A</b> Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo	<b>Art. 28.</b> Quem adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo	<b>Art. 28.</b> Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo,

para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	para consumo pessoal produto, substância ou droga considerados ilícitos ou que causem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.	para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
<b>PUNIÇÃO</b>				
<b>Medidas de Caráter Educativo:</b> I – Prestação de serviço à comunidade; II – Comparecimento a programa ou curso educativo; III – Proibição de frequência a determinados locais; IV – Submissão a tratamento.	<b>Medidas de Caráter Educativo:</b> I – Prestação de serviço à comunidade; II – Comparecimento a programa ou curso educativo; III – Proibição de frequência a determinados locais; IV – Submissão a tratamento.	<b>Medidas de Caráter Educativo:</b> I – Prestação de serviço à comunidade; II – Comparecimento a programa ou curso educativo; III – Comparecimento a atendimento psicológico; IV – Multa.	I - advertência sobre os efeitos das drogas;  II - prestação de serviços à comunidade;  III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.	I - advertência sobre os efeitos das drogas;  II - prestação de serviços à comunidade;  III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Quadro 1 – Comparativo da criminalização do uso de drogas - Tramitação Nova Lei de Drogas – Fonte: MJ/SAL

### TRÁFICO DE DROGAS – REDAÇÃO DO ARTIGO E PUNIÇÃO

PLS 115/2002	PL 7134/2002	PL 6108/2002	Substituto da Câmara 20/02/2004	Lei 11.343/06
<b>Art. 14.</b> Importar, exportar, remeter, preparar,	<b>Art. 14.</b> Importar, exportar, remeter, preparar,	<b>Art. 14-A.</b> Importar, exportar, remeter, preparar,	<b>Art. 32.</b> Importar, exportar, remeter, preparar,	<b>Art. 33.</b> Importar, exportar, remeter, preparar,

<p>produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.</p>	<p>produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.</p>	<p>produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou drogas, considerados ilícitos ou que causem dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar,</p>	<p>produzir, fabricar, adquirir, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou oferecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.</p>	<p>produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:</p>
<b>PUNIÇÃO</b>				
<p><b>Pena:</b> Prisão de 3 a 15 anos, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa.</p>	<p><b>Pena:</b> Prisão de 3 a 15 anos, e pagamento de setecentos a um mil e quinhentos dias-multa.</p>	<p><b>Pena:</b> Reclusão de 3 a 15 anos e multa.</p>	<p><b>Pena:</b> Reclusão de (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.</p>	<p><b>Pena:</b> Reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.</p>

Quadro 2 – Comparativo do recrudescimento penal ao tráfico de drogas - Tramitação Nova Lei de Drogas –  
Fonte: MJ/SAL

Segundo Campos (2015), esse histórico pode ser sintetizado em 04 momentos:

- i) O fim da pena de prisão pelo uso de drogas foi colocada desde o Projeto de lei originário do Senado (PLS 115/2002);
- ii) No início havia uma preocupação em estabelecer uma quantidade limite ao uso de drogas por meio do termo “pequena quantidade” (PL 7134/2002 e o PLS 115/2002). Ao longo da tramitação, esta redação caiu e manteve-se o fim da prisão para o uso de drogas, sujeito às medidas de caráter educativo e preventivo, embora os parlamentares reafirmassem que o uso permaneceria sendo crime no Brasil;
- iii) Para o tráfico de drogas, nota-se que todas as propostas iniciais propunham uma pena mínima de 3 anos para o tráfico de drogas mantendo, dessa forma, a punição anteriormente em vigor;
- iv) O aumento da pena mínima, elevada para 5 anos, foi posta somente no último projeto de Lei – o substitutivo da Câmara dos Deputados – por meio da sugestão do Deputado Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ).

Neste sentido, a novidade seria acabar com a indistinção entre usuários e traficantes e deslocar o usuário do sistema de justiça criminal para o sistema de saúde e de assistência social e, de modo contrário, punir mais duramente o traficante. (CAMPOS, 2015).

As estatísticas relacionadas ao crescimento da população carcerária condenada por violação da lei 11.343/06, no entanto, não confirmaram essa hipótese, conforme veremos em capítulo específico.

Propositadamente, deixamos a proibição do uso da maconha para um capítulo especial. Tanto pelas peculiaridades dessa proibição, quanto pelo rumo que o debate está tomando no Recurso Extraordinário em estudo. É o que veremos a seguir.

### **3.6. A proibição da maconha é um caso à parte**

Em capítulo anterior, apresentamos breve relato histórico a respeito da utilização da maconha no Brasil e suas possíveis origens, destacando que não se trata de uma planta nativa do continente americano, mas trazida por negros escravizados e marinheiros portugueses ainda no século XVI. Neste capítulo, destacamos a evolução legislativa com relação ao uso do maconha.

A proibição da maconha (*Cannabis*) merece um capítulo especial. Como visto no início deste capítulo, pesquisas confirmam que pelo menos no Rio de Janeiro<sup>30</sup>, Santos<sup>31</sup> e Campinas<sup>32</sup> o uso da maconha (Pito de Pango)<sup>33</sup> foi criminalizado entre os anos de 1.830, 1870 e 1.876 através de Resoluções e Códigos de Posturas Municipais, ou seja, ainda na vigência do Código Penal do Império (1830), que não fez qualquer referência a tal proibição, visto que o Código Penal da República entrou em vigência em 1890.

Esses Códigos e Resoluções, além das proibições do uso e venda do Pito do Pango, também proibiram a brincadeira do Entrudo<sup>34</sup> e os Batuques, ou seja, atividades essencialmente relacionadas à cultura africana e praticada por negros e escravos.

Aqui se reporta à três cidades, mas é muito provável que a prática tenha se difundido para outras cidades e estados, visto que nos casos reportadas repete-se os termos das proibições.

Isso não pode ser mera coincidência:

Tabela 1 - Proibições do Pito de Pango, Entrudo e Batuque

Atividade	Rio de Janeiro (1830)	Santos (1870)	Campinas (1876)
Pito de Pango	<b>Título Segundo. § 7º.</b> É proibida a venda e uso do pito do pango, bem como a conservação delle em	<b>Art. 99.</b> E' proibida a venda e o uso do pango e outras substancias venenosas para cachimbar ou fumar.	<b>Art. 237.</b> E' proibida a venda e uso do pito de pango, bem como a conservação delle em casas publicas. Os contraventores serão

<sup>30</sup> [https://digital.bbm.usp.br/bitstream/bbm/3880/1/005916\\_COMPLETO.pdf](https://digital.bbm.usp.br/bitstream/bbm/3880/1/005916_COMPLETO.pdf) Acesso em 17 fev. 2022.

<sup>31</sup> <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/resolucao/1870/resolucao-103-03.05.1870.html> Acesso em 17 de fev. 2022.

<sup>32</sup> <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/resolucao/1876/resolucao-71-02.04.1876.html> Acesso em 18 fev. 2022.

<sup>33</sup> Pito do Pango é mais das tantas denominações da cannabis no Brasil. De acordo com Mott (1986, p. 123)), são vários africanismos registrados nos dicionários e escritos sobre a cannabis no Brasil: Aliamba, Bongo, Cagonha, Diamba, Ganja, Gongo, Liamba, Maconha, Marigonga, Maruamba, Namba, Pango e Riamba.

<sup>34</sup> O entrudo era praticada pelos escravos. Estes saíam pelas ruas com seus rostos pintados, jogando farinha e bolinhas de água de cheiro nas pessoas. Tais bolinhas nem sempre eram cheirosas. O entrudo era considerado ainda uma prática violenta e ofensiva, em razão dos ataques às pessoas com os materiais, mas era bastante popular.

Isso pode explicar o fato de as famílias mais abastadas não comemorarem junto aos escravos, ficando em suas casas. Porém, nesse espaço havia brincadeiras, e as jovens moças das famílias de reputação ficavam nas janelas jogando águas nos transeuntes.

Por volta de meados do século XIX, no Rio de Janeiro, a prática do entrudo passou a ser criminalizada, principalmente após uma campanha contra a manifestação popular veiculada pela imprensa. Enquanto o entrudo era reprimido nas ruas, a elite do Império criava os bailes de carnaval em clubes e teatros. No entrudo, não havia músicas, ao contrário dos bailes da capital imperial, onde eram tocadas principalmente as polcas. (<https://www1.ufrb.edu.br/bibliotecacecult/noticias/228-a-origem-do#:~:text=Estes%20sa%C3%ADam%20pelas%20ruas%20com,materiais%2C%20mas%20era%20bastante%20popular.>) Acesso em 18 jul. 2022.

	casas publicas: os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000 rs., e os escravos, e mais pessoas que delle usarem, em 8 dias de cadêa.”	Os contraventores serão multados pela venda em 10\$000 e pelo uso em quatro dias de prisão.	multados, a saber: o vendedor em 10\$000, e os escravos e mais pessoas que delle usarem, em cinco dias de cadêa
Batuques	<b>Título Quarto. § 7º.</b> São proibidas as casas conhecidas vulgarmente pelos nomes de casas de zungú e batuques. Os donos e chefes de taes casas serão punidos com a pena de 8 dias de prisão e 30\$000 rs. de multa, e nas reincidencias, com as de 30 dias de prisão e 60\$000 rs. de multa.	<b>Art. 44.</b> São proibidas as casas de batuque, vulgarmente chamadas zungús, e bem assim os ajuntamentos do escravos nas ruas e praças da Cidade: os donos das casas e os escravos serão punidos com dois dias de prisão.	<b>Art. 93.</b> São proibidas as casas conhecidas vulgarmente pelos nomes de - zangús e batuques. Os donos ou chefes de taes casas serão punidos com a pena de oito dias de prisão e 30\$000 de multa, e o dobro nas reincidencias.
Entrudo	<b>Título Oitavo, § 2º.</b> Fica proibido o jogo de entrudo dentro do município: qualquer pessoa que o jogar incorrerá na pena de 4\$ a 12\$000rs., e não tendo com que se satisfazer, soffrerá de 2 a 8 dias de prisão. Sendo escravo soffrerá 8 dias de cadêa, caso seu senhor o não mande castigar no calabouço com cem açoutes.	<b>Art. 61.</b> E' igualmente prohibido o brinquedo publico de entrudo. Os contraventores serão multados em 20\$000, e no duplo nas reincidencias, inutilizando-se os limões que se encontrarem.	<b>Art. 155.</b> Fica prohibido o jogo de entrudo dentro do Municipio. Qualquer pessoa que o jogar incorrerá na pena de 10\$000 a 20\$000, e, não tendo com que satisfazer, soffrerá a pena de dous a oito dias de prisão. Sendo escravo, soffrerá oito dias de cadêa commutaveis pelo senhor em 10\$.

Por evidente, são proibições com objetivo claro e definido: negros, escravos e a cultura popular. Por isso mesmo, quer nos parecer que faz mais sentido tomar como marco proibitivo do uso de drogas as posturas municipais relacionadas ao Pito do Pango, Entrudo e religiosidade dos escravos. Essas proibições, sem dúvidas, tinham objetivo específico de criminalizar a planta cannabis e demonizar a cultura africana, sendo rigorosa com negros e escravos e benevolente com os vendedores de cannabis e protegendo a elite em seus “Entrudos” familiares.

Neste sentido, considerando o perfil da população carcerária brasileira, conforme destacaremos em capítulo específico, pode-se dizer que o uso da maconha continua sendo uma prática criminalizada e tem como consequência o super encarceramento, em maioria, e toda sorte de violências contra os que descendem dos escravizados.

Por fim, como dissemos, maconha é um capítulo à parte e, talvez por isso mesmo, o debate sobre seu uso é sempre carregado de estigma social e racial, ou seja, como se fosse uma prática exclusiva de pobres, negros e desvalidos.

Dito isso, encerrando a parte histórica sobre a origem e uso de substância entorpecentes e dos marcos legais do proibicionismo, destacando-se a maconha, daqui por diante vamos passar ao estudo propriamente dito do Recurso Extraordinário em busca de fundamentos teóricos na visão dos protagonistas já anunciados.

#### **4. AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DIREITOS HUMANOS E TEORIA CRÍTICA DO DIREITO**

Com efeito, para melhor compreensão do debate atual acerca da descriminalização ou legalização de drogas para o consumo pessoal, em detrimento da política atual proibicionista, propõe-se nesse capítulo, partindo da condição social e jurídica do personagem que protagonizou o Recurso Extraordinário ao STF, questionador da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, o detento Francisco Benedito de Souza, apresentar o percurso histórico da construção de um sistema de garantias e dos Direitos Humanos, do Estado Moderno e a formação do que hoje conhecemos como Direito, culminando na consolidação das garantias fundamentais inseridas no constitucionalismo do pós-guerra.

Entendemos imprescindível esse capítulo, pois será exatamente com base no sistema de garantias constitucionais, nos direitos humanos e na teoria crítica do direito que o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF). Especificamente, os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida das pessoas.

Em seguida, aproximando-se do tema específico, propõe-se ao debate sobre as consequências da atual política de guerra às drogas com relação aos grupos mais vulneráveis socialmente, resultando em violência, mortes e encarceramento de jovens, pobres e negros. Por fim, propõe-se adentrar ao debate atual acerca da questão racial por trás da política de guerra às drogas. Assim, para além de uma seletividade penal com foco na questão racial, discute-se agora o racismo como condição estruturante da sociedade brasileira e, conseqüentemente, do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a questão racial tornou-se imprescindível para a compreensão do poder punitivo do Estado, do papel do Direito Penal dentro dessa visão e, sobretudo, da política de guerra às drogas.

##### **4.1. A construção histórica de um sistema de garantias**

Nosso personagem, o detento Francisco Benedito de Souza, é natural de Cairús, uma pequena cidade do interior do estado do Ceará, 49 anos à época dos fatos, mecânico, primeiro grau completo, cumprindo pena pela prática dos crimes de furto, roubo, receptação e respondendo ainda pelo crime de porte ilegal de arma de fogo.

Durante uma vistoria de rotina, em 21 de julho de 2009, agentes penitenciários encontram uma porção de 3 gramas de maconha em um marmitex,<sup>35</sup> próximo a uma cama, e o detento teria assumido que a maconha era para seu uso pessoal. Em seguida, foi levado à Delegacia de Polícia para instauração do procedimento legal.

Nesse breve relato, é possível encontrar uma pessoa que migrou do Nordeste brasileiro para o estado de São Paulo, sem escolaridade que lhe permitisse formação profissional mais qualificada, condenado por crimes contra o patrimônio e, ao final, condenado a prestação de serviço à comunidade pela condição de usuário de maconha, embora sob custódia do Estado em um presídio.

Esse fato singelo e corriqueiro resultou no debate jurídico acerca da inconstitucionalidade do artigo de lei que ainda hoje pune a conduta do usuário de drogas a penas restritivas de direitos, a exemplo da advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Segundo as alegações da Defensoria Pública de Diadema (SP), o artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) se reveste de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurados na Constituição Federal de 1988. Esses princípios constitucionais que fundamentaram o recurso da Defensoria Pública, esclareça-se, não é uma invenção do constituinte brasileiro de 1987/88, não é também uma invenção da doutrina ou da legislação brasileira. Antes disso, estão inseridos no rol das garantias fundamentais conquistadas historicamente pela humanidade, ou seja, o constituinte brasileiro se baseou em constituições de outros países, em Declarações Universais de Direitos Humanos, doutrina sobre a construção histórica de um sistema de garantias e outros documentos que tiveram como fonte as primeiras experiências de codificação dessas garantias em cartas e compromissos firmados entre os indivíduos e o poder dominante de cada época.

Portanto, ao fundamentar sua petição com base em garantias fundamentais para ter declarada a inconstitucionalidade de um artigo de lei que fere os princípios da Constituição Brasileira, o Defensor Público apenas prosseguiu com a luta pela consolidação plena da efetivação dessas garantias. Essencial, por fim, compreender o debate atual acerca da

---

<sup>35</sup> Segundo o Site [www.dicio.com.br](http://www.dicio.com.br), marmitex é a “Embalagem térmica e descartável através da qual é possível transportar comida; marmitta. A refeição ou comida que se transporta por meio dessa embalagem ou marmitta: hoje vou almoçar um marmitex”.

inconstitucionalidade do artigo de lei que fere garantias fundamentais como continuidade de um debate histórico como muitas idas e vindas, avanços e retrocessos, mas sempre em busca da efetivação dos Direitos Humanos.

Atualmente, esse sistema de garantias fundamentais tem na dignidade da pessoa humana seu núcleo central, que envolveria os direitos individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais, meio-ambiente equilibrado e outras garantias limitadoras do poder estatal sobre os indivíduos.

Como já se viu, a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral. Ademais, o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação. (BARCELLOS, 2008, p. 235).

Nesse mesmo sentido:

A transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos planos religioso e ético para o domínio do Direito não é uma tarefa singela. Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele a configurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições como a italiana (1947), Alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988 vem previsto no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e sociais. (BARROSO, 2009, p. 251).

Ainda na antiguidade, o Cilindro de Ciro, escrito no século VI a.C., descoberto em 1879 nas ruínas da Babilônia, atual Iraque, é considerado por arqueólogos e historiadores como a primeira referência ao direito de povos exilados, refere-se ao direito desses povos daquela época de retornarem à suas terras de origem.

É na idade média, no entanto, que surgiu o primeiro documento escrito com referências aos direitos fundamentais, embora restritos aos nobres ingleses. Com efeito, em 1215, os barões impuseram uma série de restrições ao poder absoluto do Rei João Sem Terra em um documento conhecido historicamente como a *Magna Charta Libertatum* (a Carta Magna).

A Carta Magna é precursora de vários direitos fundamentais positivados no Direito Constitucional moderno: habeas corpus, o tribunal do Júri, o devido processo legal, a anterioridade tributária, etc. Assim, por exemplo, o artigo 39 estabelecia:

Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante

um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra. (COMPARATO, 2003, p. 83).

Como se depreende, portanto, constava da Carta Magna garantias que foram sendo consolidadas nas declarações posteriores e influenciando nas constituições dos estados modernos ocidentais, a exemplo da limitação do poder do estado, a judicialidade dos conflitos e a proporcionalidade das penas.

Séculos mais tarde, em 1628, a *Petition of Rights* foi resultado da ação dos lordes ingleses, espirituais e temporais, reunidos no parlamento, em oposição ao absolutismo do Rei Charles I. Na verdade, muitas das reivindicações da *Petition* já haviam sido elencadas na Carta Magna e se exigia agora o cumprimento efetivo.

Pela *Petition of Rights*, os lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos em parlamento, suplicaram ao Rei que ninguém fosse obrigado a contribuir com qualquer dádiva ou empréstimo e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do parlamento, bem como que ninguém fosse chamado a responder ou prestar juramento ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou de uma forma ou de outra, molestado o inquietado por causa desses tributos ou da recusa de pagá-los, e que nenhum homem livre ficasse preso ou detido, em razão dessas causas. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 545).

Poucos anos depois, sempre na Inglaterra, em 1679, já no reinado de Charles II, aperfeiçoando e efetivando a Carta Magna, surge a Lei de *Habeas-Corpus*. Conforme consta da introdução dessa Lei, em forma de “considerando”, depreende-se, com efeito, que o instituto já existia no incipiente ordenamento inglês, mas ainda perduravam obstáculos na efetividade das ordens de *habeas corpus*:

Considerando que tem havido, por parte dos xerifes, carcereiros e outros funcionários, encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos ou supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais (*writs*) de *habeas corpus* a eles dirigido, [...] usando de vários expedientes para evitar a obediência a tais mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárceres por longo tempo, quando podiam obter fiança, o que lhes cria grandes ônus e vexames, [...] (COMPARATO, 2003, p. 87).

Ainda na Inglaterra, dez anos após a Lei do *Habeas Corpus* e 474 anos após a Carta Magna, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689, talvez seja o mais importante documento nessa jornada histórica de construção de um sistema de garantias. A *Bill of Rights* é o resultado da transição da monarquia absoluta para uma incipiente monarquia constitucional, após a abdicação e fuga do Rei Jaime II e a entronização dos Reis Guilherme III e Maria II, com poderes limitados pela Declaração de Direitos e a ampliação dos poderes do parlamento. Dentre outros avanços na construção de um regime monárquico constitucional

e com participação popular, a Declaração de Direitos definiu a estrutura do sistema monárquico parlamentar na Inglaterra; estabeleceu os direitos individuais, principalmente no tocante a garantia da propriedade privada e a liberdade de imprensa; estabeleceu a autonomia do Poder Judiciário, retirando as interferências do Rei sobre o sistema jurídico e proibindo penas demasiado severas e que qualquer lei só poderia ser sancionada com a prévia autorização do Parlamento.

Como se vê, no entanto, a Declaração de Direitos, influenciada pelas ideias liberais de John Locke, não faz referências expressas à igualdade, a universalidade ou ao caráter natural dos direitos, ao contrário das Declarações que viriam a seguir na jornada histórica da humanidade, a saber: a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. (HUNT, p. 19). Nem por isso, no entanto, deixou de ter importância fundamental para a história e para a inspiração das constituições ocidentais.

A Declaração de Virgínia, de 1776, que antecede a Declaração de Independência dos Estados Unidos, adiantou princípios fundamentais com relação à igualdade e universalidade das garantias fundamentais, incluído a responsabilidade dos magistrados, o devido processo legal e a submissão das forças armadas ao poder civil.

Em síntese:

I - Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

II - Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.

VIII - Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares.

X - Que os autos judiciais gerais em que se mande a um funcionário ou oficial de justiça o registro de lugares suspeitos, sem provas da prática de um fato, ou a detenção de uma pessoa ou pessoas sem identificá-las pelo nome, ou cujo delito não seja claramente especificado e não se demonstre com provas, são cruéis e opressores e não devem ser concedidos.

XIII - Que uma milícia bem regulamentada e integrada por pessoas adestradas nas armas, constitui defesa natural e segura de um Estado livre;

que deveriam ser evitados, em tempos de paz, como perigosos para a liberdade, os exércitos permanentes; e que, em todo caso, as forças armadas estarão estritamente subordinadas ao poder civil e sob o comando deste. (COMPARATO, 2003, p. 114).

Encerrando essa jornada história da construção do sistema de garantias e dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, resultado da contribuição fundamental dos filósofos iluministas, que resultou na Revolução Francesa, consolida o direito à liberdade, igualdade e a universalidade desses direitos. Avança também na definição do direito de defesa, do devido processo legal, da presunção de inocência, o princípio da legalidade, liberdade de expressão, anterioridade da lei penal e proporcionalidade das penas.

Esse movimento vai culminar na Constituição Francesa, 1791, e na Constituição dos Estados Unidos, 1788. São documentos que estruturam o Estado, divide os poderes e estabelece seus limites. Enfim, as monarquias se tornam também constitucionais e outros estados se proclamam Repúblicas e estabelecem o voto popular para a escolha dos governantes e parlamentares. Essa experiência constitucional será retomada com mais vigor e valores universais de respeito à cidadania e dignidade da pessoa humana no período pós-segunda guerra, conforme veremos mais adiante.

Como se vê, portanto, é fundamental a compreensão do processo de conquista das garantias constitucionais, base do debate atual acerca da legalização de drogas para o uso pessoal, da proporcionalidade das penas e do respeito aos princípios da legalidade, como processo histórico construído ao longo de séculos.

Ao fim e ao cabo, se fosse possível retroagirmos na história, quem seria nosso personagem, protagonista do Recurso Extraordinário no STF, quando do surgimento da Carta Magna, da Petição de Direitos, da *Bill of Rights*, da Lei de *Habeas Corpus*, da Declaração de Virgínia e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão? Certamente não seria um nobre, um Barão, membro do parlamento, senhor de escravos ou, muito menos, detentor dos meios de produção de um sistema capitalista. Poderia ser, de outro lado, um servo de algum senhor feudal, um escravo, um pequeno artesão, um morador das pequenas vilas entre feudos, um expropriado de suas terras, um soldado de algum Barão e, mais tarde, poderia ser também um proletário na concepção marxista da sociedade de classes.

Como vimos, portanto, um sistema de proteção foi se construindo historicamente e aos poucos. Um processo de pequenas conquistas que resultou, depois de séculos, em conquistas

mais relacionadas às garantias fundamentais da liberdade e igualdade como valores universais, a exemplo da Declaração de Virgínia e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Evidente que esse percurso histórico se confunde, não por acaso, com a construção dos Direitos Humanos também como processo histórico. Atualmente, depois da classificação em Direitos Humanos de primeira geração (direito à liberdade e direitos civis), de segunda geração (direitos de igualdade, econômicos, sociais e culturais), terceira geração (direitos difusos e coletivos), já se fala também em direitos de quarta geração (democracia, informação, pluralismo), de quinta geração (direito à paz) e até de sexta geração (direito à água potável).

É isso, por conseguinte, o que nos interessa nesse capítulo. É compreender a história de um detento condenado a penas restritivas de direito por conta de 3 gramas de maconha encontradas dentro da sua própria cela, inserido nesse percurso histórico de construção de um sistema de garantias e dos Direitos Humanos, traduzidos em um Recurso Extraordinário apresentado ao Tribunal Constitucional do Brasil.

Enfim, Francisco Benedito, nosso protagonista do Recurso ao STF, não é um escravo, nem servo ou um proletariado na concepção marxista. É apenas uma pessoa que saiu do interior do Nordeste brasileiro em busca de oportunidades e foi engolido pela lógica do sistema capitalista, desviando a conduta determinada pelo sistema de controle penal, tornando-se um delinquente comum e exemplo para justificação da pena como solução para problemas de desigualdade social e pobreza.

Para o sistema de justiça criminal, por fim, afirma-se o papel do Direito Penal como mantenedor da ordem, mas que tem como principais destinatários os pobres e vulneráveis. A compreensão dessa sua condição de migrante, com pouca alfabetização e tornado delinquente comum, passa por estudos de sociologia, economia e políticas públicas. Sobre sua condição de delinquente comum e condenado a pena restritiva de direitos mesmo estando preso, conforme veremos adiante, a criminologia crítica será fundamental para essa compreensão. Além disso, como dito antes, a questão do racismo estrutural, em vista dos destinatários da “guerra às drogas”, tornou-se elemento fundamental para a compreensão do debate acerca da proibição x legalização das drogas para consumo pessoal.

Retornando ao curso da nossa história, já no século XX, o mundo enfrentou duas grandes guerras, sendo que depois da segunda guerra (1939-45), surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, e as Constituições do pós-guerra, a exemplo da Itália (1947), Alemanha (1949) e Brasil (1946). É a fase do novo constitucionalismo ou

constitucionalismo contemporâneo, que vai engendrar, de sua vez, o Estado Democrático de Direito. Essas Constituições asseguraram direitos e garantias individuais de forma universal e princípios consagrados como o direito à liberdade, cidadania, o princípio da legalidade, a liberdade de pensamento, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção da inocência, garantia da inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada.

São essas duas últimas garantias, não por acaso, que servirão de esteio para o Recurso Extraordinário ao STF, em que se discute a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que criminaliza a conduta do usuário de drogas. Seriam, portanto, esse sistema o garantidor do direito individual à intimidade e à vida privada, os principais argumentos em favor da legalização da maconha para o consumo pessoal.

Como se vê, desde o cilindro de Ciro à Constituição Brasileira de 1988, uma longa jornada foi percorrida em busca da afirmação dos Direitos Humanos e da construção de um sistema de garantias universal.

Não se descuida de observar, de outro lado, que não bastam essas garantias codificadas em um texto constitucional ou declaração de direitos para que eles realmente se efetivem e sejam respeitados pelo Estado. Na verdade, para além do texto legal, a história tem demonstrado que se faz necessário um sistema de mecanismos de controle do Estado punitivo, o acesso universal à justiça, redução das desigualdades sociais e, sobretudo, um forte sentimento constitucional para que se efetive, de fato, as garantias fundamentais. Sem isso, o Estado continuará autoritário, seletivo em seu sistema punitivo, instrumento de dominação e de manutenção de um sistema de exploração e de desigualdade social.

Segundo Carvalho (2013), de outro lado, as constituições contemporâneas que garantem os direitos transindividuais também determinam que sua tutela seja realizada através da sanção criminal. Apesar disso, mesmo ampliando o rol dos bens jurídicos protegidos e condutas penalizadas, a crise do sistema de garantias, agregado ao desmonte do sistema de bem-estar social, maximizando os aparatos de controle das “massas inconvenientes”.

Assim, com a proliferação do discurso punitivista nas esferas do jurídico e da política, tem-se, de forma trágica, a ineficácia da Constituição Penal de garantias em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva. (CARVALHO, 2013, p. 188).

O Estado moderno, por fim, agora tendo códigos, leis e magistrados, terá no Direito a forma de organização de suas instituições e o apresentará como se fora o mantenedor da ordem e garantidor de suas promessas de liberdade, igualdade e fraternidade. De um lado, portanto,

o Direito como suposto garantidor de direitos e, de outro, um Estado violador dessas garantias e fomentador de uma “Constituição Penal Criminalizadora”, seja dos mais vulneráveis, seja de suas organizações e reivindicações.

É a busca da compreensão dessa contradição, inserida no debate acerca da inconstitucionalidade de um dispositivo legal que veremos a seguir.

#### **4.2 A Teoria Crítica e a Teoria Crítica do Direito (breves apontamentos).**

Pois bem, a chegada da burguesia, enquanto classe social, ao poder político e econômico, fomentada pela Revolução Industrial, resultou na expansão e diversificação do sistema capitalista, na formação das cidades com toda a sua problemática tal qual a conhecemos hoje, a exploração da mão-de-obra, o aumento das desigualdades sociais, a acumulação da riquezas, novas formas de colonialismo, a exploração irracional das riquezas naturais, a degradação do meio-ambiente e, por último, a globalização da economia e o desenvolvimento do capitalismo financeiro.

Essa expansão do capitalismo, o aprofundamento de suas contradições e a crise do Estado Moderno, que não consegue realizar suas promessas, limitado pelo próprio sistema, gerando insatisfação e movimentos de reivindicação e emancipacionistas, dentre outras teorias conservadoras e revolucionárias, inspirou também a formulação da Teoria Crítica, inicialmente utilizando-se de categorias marxistas e se distanciando do pensamento tradicional cartesiano, em busca da compreensão do sistema capitalista, do papel do Estado, da cultura e tecnologias.

A teoria crítica do direito está diretamente vinculada à Teoria Crítica oriunda da Escola de Frankfurt e que teve como principais expoentes Walter Benjamin (1892-1940); Max Horkheimer (1895-1973); Herbert Marcuse (1898-1979) e Theodor W. Adorno (1903-1969). Mais tarde, também participaram da construção da Teoria Crítica Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas.

Criticando o Direito como dogmática jurídica desapegada da realidade e fundada no positivismo, a teoria crítica do direito busca situar o Direito dentro das contradições do sistema e como possibilidade de se afirmar como “modelo avançado de legítima organização social da liberdade”. (LYRA FILHO, 2006, p. 99).

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada: é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de suas próprias contradições brotarão as novas conquistas. (LYRA FILHO, 2006, p. 99).

Nesse sentido, uma teoria crítica do Direito teria o papel de definir e situar o Direito no Estado Moderno, utilizando-se das categorias da Teoria Crítica para compreender seu papel em uma sociedade de classes e, ao mesmo, tempo, apontar as possibilidades para que o Direito possa se transformar em instrumento de luta dos subalternos por sua emancipação.

O mundo jurídico não pode, então, ser verdadeiramente conhecido, isto é, compreendido, senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e no seu futuro possível. Este tipo de análise desbloqueia o estudo do direito do seu isolamento, projecta-o no mundo real onde ele encontra seu lugar e sua razão de ser, e, legando-o a todos os outros fenômenos da sociedade, torna-o solidário da mesma história social. (MIAILLE, 1979, p. 19).

Como se vê, a teoria crítica do direito, ao compreender seu papel na sociedade de classes e sua relação com o Estado, só se realiza com uma prática jurídica voltada para os conflitos sociais e na utilização de seus institutos em busca da emancipação dos pobres e excluídos, bem como de alternativas de acesso à justiça, entendidas como possibilidades de realização da justiça, e não apenas de acesso aos serviços do Poder Judiciário.

Mais uma vez retornando ao caso inspirador dessa pesquisa, a maconha encontrada em um marmiteix na cela de um detento, condenado a prestação de serviços à comunidade, mesmo estando sob custódia do Estado, quando o Defensor Público se utiliza de princípios constitucionais para requerer a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo que permitiu a condenação, pode-se encontrar nesse caso uma *práxis* de defesa de um presidiário até a última instância do Judiciário pelo respeito à sua intimidade e vida privada. Esses princípios, como já visto, são resultados de uma longa construção histórica de um sistema de garantias e que resultou na constitucionalização em forma de garantias fundamentais. Da mesma forma, a existência de uma Defensoria Pública não deixa de ser um instrumento que possibilita a um detento ter acesso à realização da justiça, e não apenas em ter um advogado de defesa ao seu lado.

Nesse sentido, Wolkmer (2009), justifica uma conceituação da teoria crítica do direito:

Justifica-se, assim, conceituar “teoria jurídica crítica”, como a formulação teórico-prática que se revela sob forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica. (WOLKMER, 2009, p. 19).

Pois bem, no Brasil, a teoria crítica do direito influenciou muitos juristas, movimentos de estudantes, associações, grupos de estudo e outros movimentos. Segundo Wolkmer (2009), no entanto, não se pode falar em uma “escola brasileira” de teoria crítica do direito, pois ainda

fragmentada e difusa em diversas correntes, mas é “uma nova instância do saber marginalizado que desmistifica as dimensões políticos-ideológicas que sustentam a racionalidade alienante da dogmática jurídica contemporânea”. (WOLKMER, 2009, p. 90).

Também para Wolkmer (2009), nas décadas de 80 e 90 destacaram-se núcleos de estudo de teoria crítica do direito, dentre outros: Grupo de Trabalho Direito e Sociedade, Instituto de Direito Alternativo, Grupo de Magistrados Gaúchos, Associação Juizes para a Democracia, Instituto Apoio Jurídico Popular, Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos, Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares, Serviço de Apoio Jurídico (UFBA), Núcleo de Estudos de Direito Alternativo etc. Como se vê, diversas formas de movimentos estiveram na gênese de teoria e prática de teoria crítica do direito no Brasil. Além de grupos de estudos teóricos, também estiveram em cena associações de juizes e movimentos de assessoria às organizações populares.

Esses grupos, segundo Wolkmer (2009), poderiam ser classificados em tendências bem delineadas, mas que se comunicavam na perspectiva antidogmática. Assim, por exemplo, uma corrente de perspectiva sistêmica, que teria se originado na USP e teve como expoentes José Eduardo Faria, Celso Fernandes Campilongo e Tércio Sampaio Ferraz Jr. Uma outra corrente de perspectiva dialética, que teria influenciado os movimentos conhecidos como “Direito Achado na Rua”, “Direito Insurgente” e “Direito Alternativo”, tendo como expoentes Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Souza Jr, Roberto A. R. Aguiar e Luiz Fernando Coelho. Essa tendência, por conta exatamente da influência do método dialético, concebia a ciência jurídica como “instrumental político de transformação” (WOLKMER, 2009, p. 115). Não menos importantes, por fim, teria a compreensão da crítica jurídica de perspectiva semiológica (Luis Alberto Warat) e de perspectiva psicanalítica (Gérson Pinto Neves e Agostinho Ramalho Marques Neto).

Dentre todos esses movimentos, “O Direito Achado na Rua” (UNB) e o “Direito Alternativo” (Magistrados do Rio Grande do Sul) influenciaram uma significativa geração de estudantes de Direito, professores, magistrados e juristas. Várias obras foram publicadas sobre o tema, mas ainda demanda uma fundamentação teórica e epistemológica consistentes, a ponto de se contrapor ao dogmatismo e positivismo dominantes.

Esses estudos e movimentos no Brasil não passaram despercebidos do sistema dominante e de teóricos do mesmo campo. Assim por exemplo, uma crítica ao Direito Alternativo, parafraseando Marx e Engels (A Sagrada Família), que poderia ser uma espécie de crítica da Crítica crítica, traduz-se no sentido que esse “alternativismo” não implica em

uma “alternativa” ao Direito, mas apenas mais uma adjetivação ao Direito, que continuaria sendo o mesmo Direito positivado e fundado na norma. Assim, no dizer de Luis Alberto Warat (WARAT, 2010, p. 59), o Direito e o jurídico continuam sendo pensados sob a ótica normativista, pois diferente disso seria como pensar o Direito para fora do prato que o contém, ou seja, colocar-se, como jurista, fora do prato do Direito para analisar o que o contém. Tarefa nada fácil, portanto.

E assim, depois dessa breve introdução à teoria crítica do direito e sua repercussão ente juristas brasileiros, resultando em diversos estudos e movimentos, podemos então adentrar a outro campo do debate que mais nos interessa nesta pesquisa para a compreensão do fenômeno punitivista e do atual debate acerca da legalização e proibicionismo das drogas. Para tanto, a proposta é navegar sobre o direito penal e sua função em uma sociedade extremamente desigual e a criminologia crítica.

### **4.3 O Direito Penal e a criminologia crítica**

Sem dúvidas, ao prolatar uma sentença condenatória por violação a determinado tipo legal, o sistema de justiça criminal, por meio de um representante do Estado, um magistrado ou magistrada, concretiza um sistema processual penal que resulta em uma pena privativa da liberdade ou restritiva de direitos do apenado.

No caso em estudo, uma magistrada, agente do Estado, acolhe as razões que lhe foram apresentadas por uma representante do Ministério Público e condena uma pessoa, que já cumpria pena privativa da liberdade, em pena restritiva de direitos.

Segundo Zaffaroni (2008, p. 58), “o homem sempre aparece em sociedade interagindo de maneira muito estreita com outros homens” e por conta de interesses às vezes antagônicos, os conflitos resultantes dessa interação vão sendo resolvidos e configurando “a estrutura de poder de uma sociedade, que é parte institucionalizada e em parte difusa”. Esses conflitos, de outro lado, ainda segundo Zaffaroni (2008), aparecem e desaparecem na história e são solucionados de forma diversificada, nem sempre pela via punitiva. Aqueles conflitos resolvidos pela via punitiva institucionalizada, resultado de uma “construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas, nem sempre alcança a todos, mas a uma minoria ínfima deles depois de um processo de seleção que quase sempre seleciona os mais pobres”, através do sistema penal encarregado do controle penal institucionalizado, sob argumento, em linhas gerais, da retribuição ou ressocialização, que cumpriria a função de selecionar os mais humildes, criminalizando-os e promovendo a hegemonia do grupo dominante.

Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos [...] Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. (ZAFFARONI, 2008, p. 72).

Aprofundando e contextualizando essa compreensão para o caso brasileiro, Nilo Batista (1990), relaciona esse sistema de controle penal seletivo ao próprio sistema capitalista, seja para garantir mão-de-obra, seja para impedir a cessação do trabalho, ou seja, criminalizando o pobre que não se convertesse em trabalhador e criminalizando o trabalhador que se recusasse o trabalho nos moldes que lhe era imposto. (BATISTA, 1990, p. 35). Contemporaneamente, ainda segundo Batista (1990), esse sistema punitivo atua implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados são acusados da prática de “crimes interindividuais”, a exemplo de furtos, lesões corporais, homicídios, estupro etc.

Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos ou mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebeta (punidos e mal pagos). (BATISTA, 1990, p. 39).

Como visto antes, o Estado Moderno, de forma metafórica, outorgou ao Direito o papel de síndico do mundo para garantir o cumprimento das promessas da modernidade de uma sociedade mais justa e igualitária, assim resumido por Carvalho (2013):

O projeto político da Modernidade, no qual se insere o discurso das ciências criminais, tem como objetivo a busca da felicidade através da negação da barbárie e da afirmação da civilização. (CARVALHO, 2013, p. 26).

Essas promessas, no entanto, custam a se realizar e o Direito Penal assumiu cada vez mais a função específica do controle punitivo do Estado. Esse controle, no entanto, nas visões de Zaffaroni e Nilo Batista, dentre tantos outros teóricos críticos do Direito Penal, seleciona quase sempre os mais vulneráveis.

Sobre o tema específico dessa pesquisa, a problemática das drogas, o proibicionismo e suas consequências, Zaccone (2011), nos traz o exemplo do controle das populações pobres:

Prender, processar e julgar os indivíduos que realizam as condutas descritas na lei como tráfico de drogas é tão somente uma parcela do controle social na questão envolvendo essas substâncias proibidas. O controle sobre as populações pobres e, principalmente, na cidade do Rio de Janeiro, das áreas ocupadas por essa população, conhecidas por “favelas”, é o exemplo mais

gritante do exercício do poder configurador punitivo. (ZACCONE, 2011, p. 30).

Nesse mesmo sentido, Wacquant (2007), em estudo sobre “a nova gestão da miséria nos Estados Unidos”, alerta sobre o papel hipertrofiado do Estado e, ao mesmo tempo, incapaz de atender as expectativas que lhe deram origem:

Além disso, o Estado penal atrofiado que substitui, peça por peça, o embrionário o Estado do bem-estar social na base da estrutura de classes – ou o suplementa, de acordo com uma divisão do trabalho baseada no gênero – é, ele mesmo, incompleto, incoerente e muitas vezes incompetente, incapaz de às expectativas irrealistas que lhes deram origem ou às funções sociais que, tacitamente, tem por missão fortalecer. (WACQUANT, 2007, p. 87).

Visto isso, é hora, portanto, de nos indagar: na conjuntura atual, em países de modernidade tardia como o Brasil, elitista e desigual, para que serve mesmo o Direito Penal e para quem é destinado?

Essa indagação, aliás, é o título da obra de Airto Chaves Junior e Fabiano Oldoni: Para que(m) serve o Direito Penal (2014). Sobre o aumento das penas e redução de condutas criminosas, afirmam:

O aumento da pena para determinados comportamentos já criminalizados também pouco ou nada influencia na redução do número de condutas consideradas desviantes, especialmente quando a sociedade está estruturada de um modo pouco democrático, ou quando há uma escancarada falsa universalidade desses bens jurídicos que se pretende proteger (CHAVES JUNIOR; OLDONI, 2014, p. 101).

Defendem ainda que esses comportamentos desviantes estão presentes em todos os estratos sociais, mas o que ocorre é que a criminalização se apresenta, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelos diversos segmentos de controle (2014, p. 139), resultando em maior tendência de criminalização de pessoas economicamente mais vulneráveis, ou seja, os pobres e marginalizados socialmente.

Em conclusão:

Neste sentido, a proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos e a “ressocialização” do condenado seriam apenas missões aparentes (não reais) do Direito Penal. Sua função latente (objetivo verdadeiro) seria concluir para a reprodução de relações sociais de desigualdade, sustentando a hegemonia de um setor social sobre o outro. (CHAVES JUNIOR; OLDONI, 2014 p. 25).

Dito isso, concluindo essa discussão acerca do Direito Penal e da criminologia crítica, o caminho que nos parece fundamental nesta pesquisa - a criminalização do uso de drogas - é o aprofundamento desta função do Direito Penal de criminalizar a pobreza por uma conduta

selecionada como desviante e que tem como alvo, quase sempre, os mais pobres, jovens, pretos e pardos e de baixa escolaridade, conforme veremos nos levantamentos do Departamento Penitenciário Nacional.

Essa compreensão quer ainda nos indicar que a pobreza e forte desigualdade social no Brasil tem sua origem na formação do Estado Brasileiro, estruturado no genocídio das populações originárias e exploração da mão-de-obra escrava, ou seja, a não superação dessa origem e a continuidade de um racismo estrutural.

Por fim, nos capítulos seguintes vamos fazer esse recorte histórico do sistema de escravidão e do racismo estrutural e a relação desses fatores com a criminalização da pobreza e do uso de determinadas substâncias psicoativas.

## **5. A ESCRAVIDÃO, O RACISMO ESTRUTURAL E A GUERRA ÀS DROGAS**

Desde quando realizamos o resgate histórico sobre a proibição do uso do “Pito de Pango” no Brasil, observamos que essa proibição tinha um público bem específico e selecionado como alvo preferencial dessa proibição: pobres, pretos, escravos e outros desvalidos.

Por isso mesmo, no curso da pesquisa, terminamos por entender fundamental inserir um capítulo sobre a questão da escravidão no Brasil, seus resquícios e sobre o racismo estrutural.

Em 1977, em “O genocídio do negro brasileiro” (1977), Abdias Nascimento lamenta não ser possível estimar o número de escravos entrados no Brasil em face da inexistência de estatísticas merecedoras de crédito, mas principalmente por conta de ato do então Ministro das Finanças, Rui Barbosa, que teria determinado a destruição pelo fogo de todos os documentos históricos e arquivos relacionados com o comércio de escravos e escravidão em geral, através da Circular nº 29, de 13 de maio de 1891. (NASCIMENTO, 1977, p. 58).

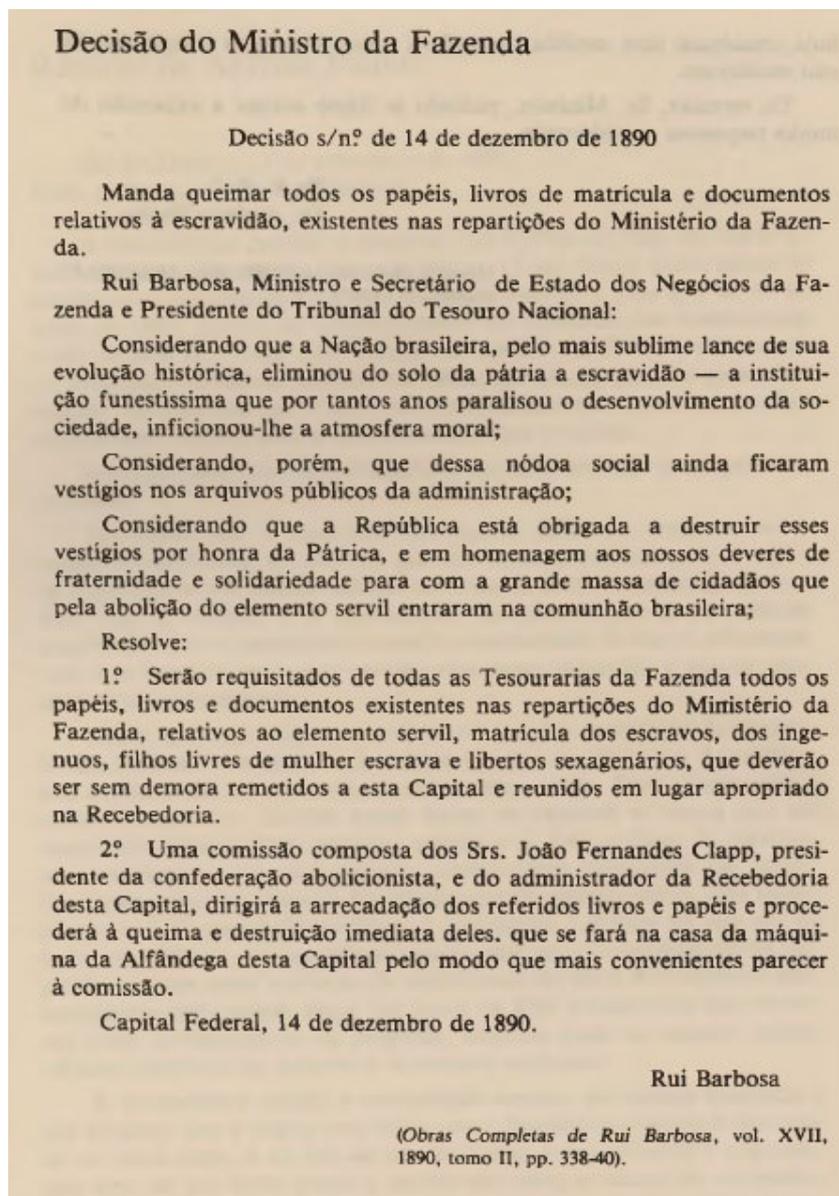


Figura 2 – Decisão Ministro Rui Barbosa

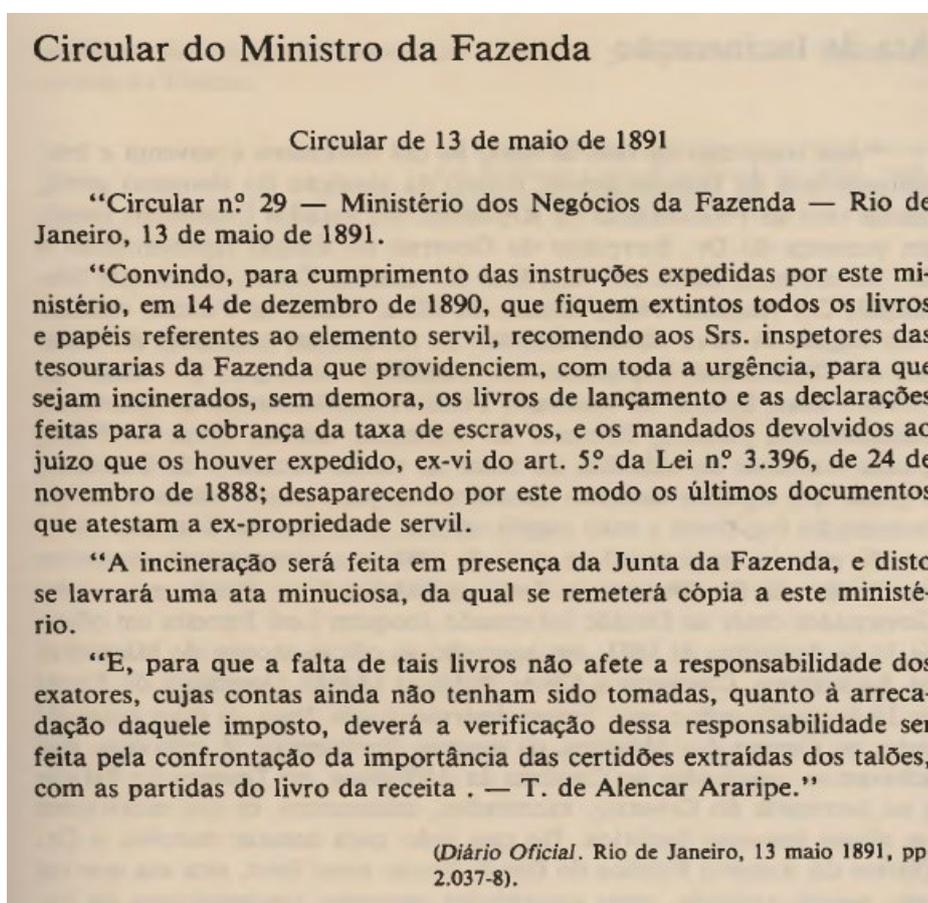
Fonte: <https://www.gov.br/casaruibarbosa/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/pdfs/rui-barbosa-e-a-queima-dos-arquivos-ocr.pdf> Acesso 18 jul. 2022.

Esse episódio da história brasileira (queima dos documentos da escravidão) é de suma importância para compreensão da conjuntura pós-abolicionista no Brasil. A Fundação Casa de Rui Barbosa publicou, em 1988, a obra “Rui Barbosa e a queima dos arquivos” (Lacombe, 1988) e esclarece que, em verdade, Rui Barbosa, ainda em 11 de novembro de 1890, havia negado requerimento indenização aos ex-proprietários de escravos, alegando: “Mais justo

seria, e melhor se consultaria o sentimento nacional, se se pudesse descobrir meio de indenizar os ex-escravos, não onerando o Tesouro. Indeferido”.

A campanha pela indenização prosseguiu fortemente e passou-se, então a considerar a hipótese de queima dos documentos. O despacho de Rui Barbosa, de 14 de dezembro de 1890, por evidente, não faz referência à questão da indenização, mas sobre a “instituição funestíssima” da escravidão e “nódoa social”. Por fim, a concretização da queima dos arquivos foi acontecer em 13 de maio de 1891, através da Circular do então Ministro das Finanças Tristão de Alencar Araripe. (LACOMBE, 1988, p. 114).

Figura 3 – Circular do Ministro da Fazenda



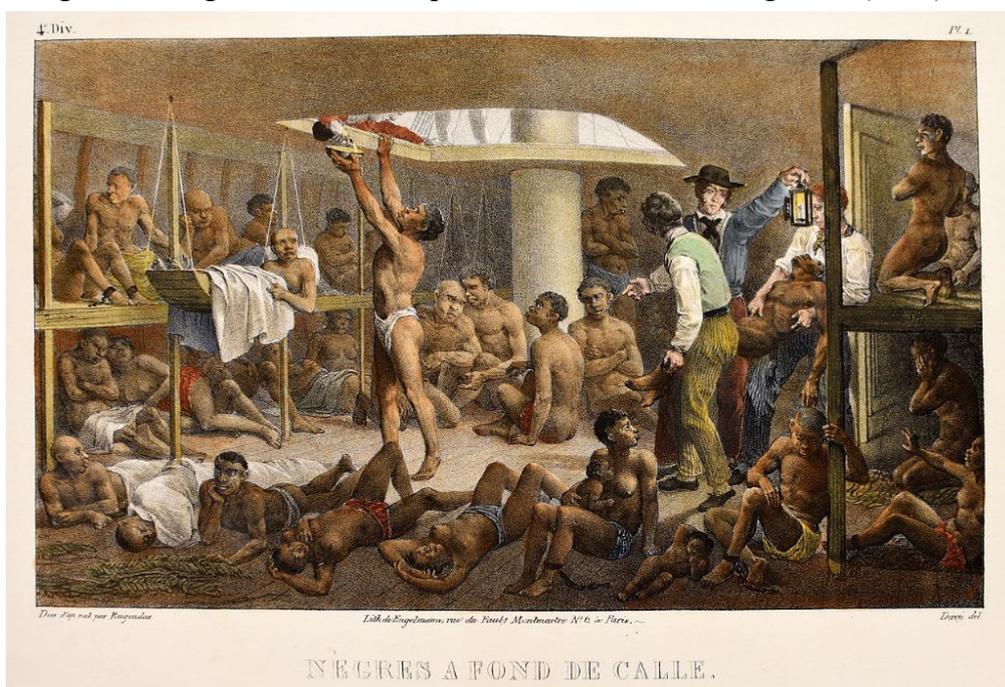
Fonte:

<https://www.gov.br/casaruibarbosa/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/pdfs/rui-barbosa-e-a-queima-dos-arquivos-ocr.pdf> Acesso 18 jul. 2022

Esse debate, portanto, precisa de melhor aprofundamento e análise: a intenção de Rui Barbosa seria apagar os registros da escravidão ou para impedir os pedidos de indenização por ex-proprietários de escravos? O certo, no entanto, é que os documentos foram incinerados e em cinzas transformada importante estatística sobre a escravidão no Brasi e, principalmente, o período pós-abolicionista.

Retornando às estatísticas, relata Abdias Nascimento, baseado em fontes da época, que teriam sido 4 milhões de africanos distribuídos entre os Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Goiás, Bahia, Pernambuco, São Paulo, Maranhão e Pará. Atualmente, depois de muitas pesquisas no Brasil, Portugal e África, Laurentino Gomes (Escravidão, Vol. I, 2019), apresenta dados bem mais detalhados. Segundo esse autor, as pesquisas mais atualizadas, fruto de livros, dissertações de mestrado e teses de doutorado, pesquisas em arquivos, museus ou mesmo em campo aberto tem iluminado o assunto de modo sem precedentes.

Figura 4 - Negros no fundo do porão - Johann Moritz Rugendas (1835)



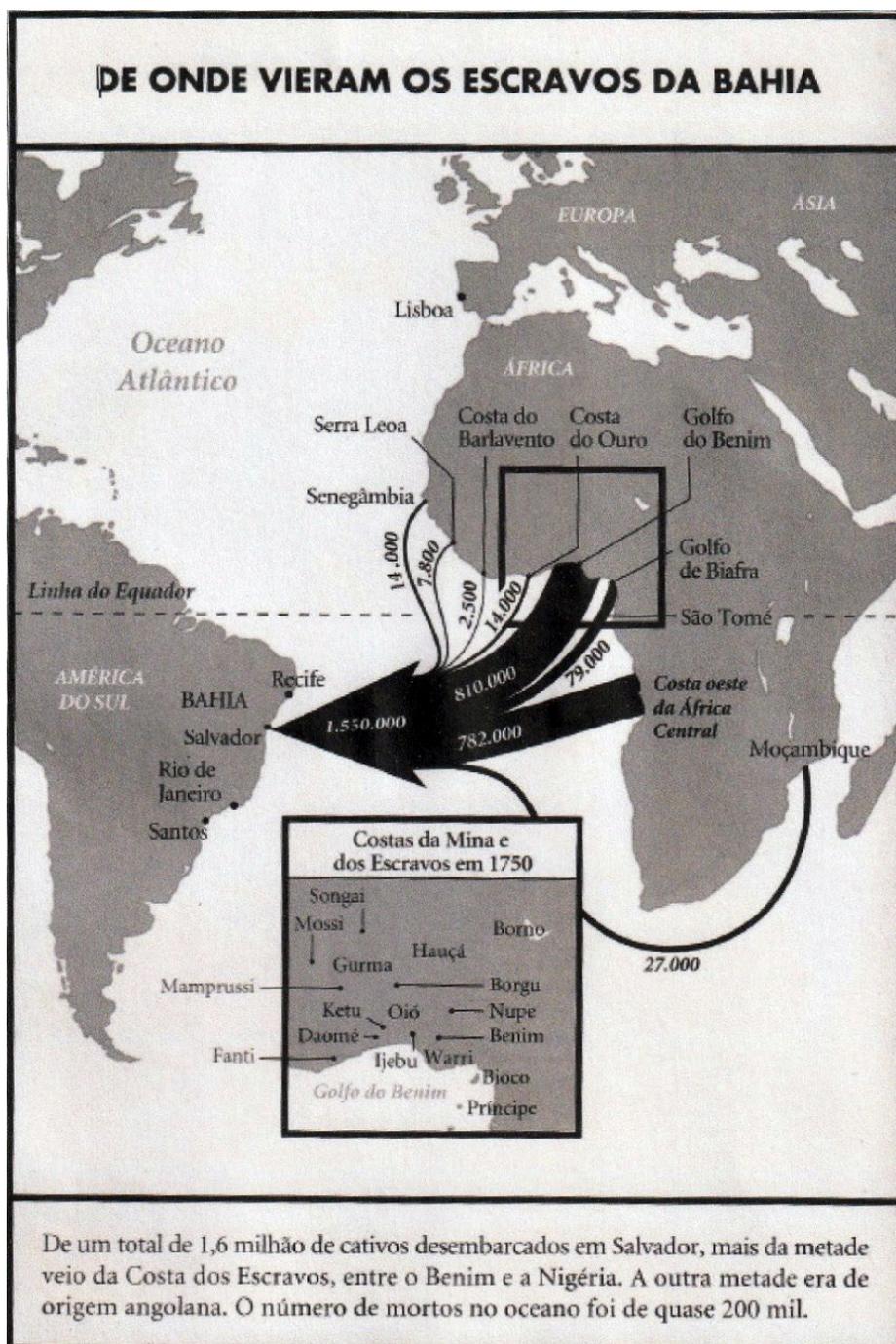
Fonte: <https://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra2996/negros-no-fundo-do-porao> Acesso em 20 jul. 2022.

Em consequência, sabe-se hoje, segundo Gomes, (2019), “12.521.337 de seres humanos embarcaram para a travessia do Atlântico em cerca de 36 mil viagens de navios negreiros, entre 1500 e 1867. Desses 10.702.657 chegaram vivos à América. Os mortos seriam 1.818.680”.

Ainda segundo o mesmo autor, o Brasil teria sido destino de 4,9 milhões de escravos, o que representa 47% do total de desembarcados na América e dez vezes mais aos destinados às colônias inglesas na América do Norte.

A Bahia teria recebido 1,5 milhões de escravos, sendo que mais da metade (810 mil) tinham como origem a Nigéria, Benin e Togo, região conhecida à época como “Costa da Mina”.

Figura 5 – Roteiro dos escravos da Bahia



Fonte: Laurentino Gomes, *Escravidão*, Vol. I (2019)

Retornando ao “Genocídio do negro brasileiro”, mencionar a obra de Abdias Nascimento é fundamental em qualquer estudo sobre a questão da escravidão e racismo no Brasil. Com efeito, em sua obra fundamental, texto preparado para o Segundo Festival Mundial de Artes e Culturas Negras (Festac’77), em Lagos, Nigéria, Abdias Nascimento

expõe ao mundo a falácia da “democracia racial” brasileira e critica com veemência o pensamento de Gilberto Freyre.

Para o autor, o “lusotropicalismo” de Gilberto Freyre terminou prestando efetivos serviços ao colonialismo português ao defender a incapacidade dos povos dos trópicos de erigirem civilizações importantes nos trópicos (negros na África e índios no Brasil) e o papel do colonizador português em criar essa civilização no Brasil através da miscigenação. E mais:

Freyre cunha eufemismos raciais tendo em vista racionalizar as relações de raça no país, como exemplifica sua ênfase e insistência o termo *morenidade*; não se trata de ingênuo jogo de palavras, mas sim de proposta vazando uma extremamente mística racista, cujo objetivo é o desaparecimento inapelável do descendente africano, tanto fisicamente, quanto espiritualmente, através do malicioso processo do embranquecer a pele negra e a cultura do negro”. (NASCIMENTO, 1977, p. 59)

E prossegue na crítica ácida a outras categorias “gilbertofreyreanas”:

De fato, tanto o paternalismo quanto o neocolonialismo e o racismo que permeiam a obra de Gilberto Freyre são mais perniciosos do que todo seu elenco de eufemismos. Batizado estes de *morenidade*, *metaraça* ou qualquer outro nome que sua imaginação possa fantasiar, a farsa de Gilberto Freyre se desarticula na condição de seu próprio raciocínio e de suas próprias palavras; pois o paladino das mestiçagens etnoculturais afirma que estas ocorrem entre os brasileiros “sem que signifique repúdio à predominância de valores culturais europeus na formação brasileira”. (NASCIMENTO, 1977, p. 52).

Como dito, o texto de Abdias do Nascimento foi elaborado a pedido do diretor do colóquio, Pio Zirimu, do Segundo Festival de Artes e Culturas Negras e Africanas, que deveria ser apresentado em conferência pública, mas seu texto foi rejeitado pelo que o próprio autor chamou de *establishment*. Ao final de sua comunicação ao evento, o autor propõe 17 recomendações que deveriam ser destinadas ao governo brasileiro. Destacamos aqui a recomendação de número 6:

6. Este colóquio recomenda que o governo do Brasil estude e formule compensações aos afro-brasileiros pelos séculos de escravidão criminosa e decênios de discriminação racial depois da abolição; para esse fim se deverá drenar recursos financeiros e outros, compulsoriamente originados da agricultura, do comércio e da indústria, setores que historicamente tem sido beneficiados com a exploração do povo negro. Tais recursos constituirão um fundo destinado à construção de moradias, que satisfaça às exigências da condição humana, em substituição às atuais habitações segregadas onde vive a maioria dos afro-brasileiros: favelas, cortiços, mocambos, porões, cabeças-de-porco, e assim por diante. O fundo sustentaria também a distribuição de terras no interior do país para os negros engajados na produção agropecuária. (NASCIMENTO, 1977, p. 173).

Atualmente, faz coro com Abdias Nascimento com relação às categorias “gilbertofreyreanas”, o sociólogo Jessé Souza. Em “A tolice da inteligência brasileira”, por exemplo, o autor com relação aos resquícios da sociedade escravocrata:

Para Freyre, a “singularidade cultura brasileira” é uma continuação de Portugal e de nossa “herança ibérica”. Para o senso comum leigo, nada mais óbvio. Afinal, falamos o português e muitos de nós gostamos de bacalhau, de sardinha e usamos alecrim no tempero. Mas se pensarmos duas vezes, veremos que nada disso nos faz, verdadeiramente, portugueses em terras tropicais. Afinal, a instituição mais importante do Brasil colonial desde seus inícios, a escravidão, não existia em Portugal, salvo em casos muito passageiros e tópicos. E faz toda a diferença a vida em uma sociedade escravocrata e em uma sociedade não escravocrata. (SOUZA, 2015, p. 41).

Sobre as consequências do pensamento Freyreano na formação da identidade brasileira, resultado da concepção de uma sociedade miscigenada e de democracia social, relegando a nenhum plano a herança escravocrata, lembra Jessé Souza em “A ralé brasileira: quem é e como vive”. (2018).

Hoje em dia, o mito freyreano da identidade brasileira é parte da alma de todo brasileiro sem exceção, de todos nós que imaginamos com a autocomplacência e com a autoindulgência de quem diz: tudo bem, temos lá nossas mazelas, nossos problemas, mas nenhum povo é mais caloroso, simpático e sensual neste planeta. “Isso”, essa deliciosa “fantasia compensatória” ninguém nos tira”. (SOUZA, 2018, p. 46)

Encerrando este breve relato histórico acerca da escravidão, ressaltamos as críticas de Abdias Nascimento e Jessé Souza sobre as categorias freyreanas de “homem cordial”, “morenidade”, “metaraça” e “lusotropicalismo” para manter a compreensão que a formação do Estado Brasileiro teve na escravidão seu pilar econômico, político e social, continuado atualmente na forma de racismo individual, institucional e estrutural. Neste sentido, a criminalização da pobreza negra atual, retratada através dos dados e do perfil da população carcerária brasileira, é fruto dessa formação e permanece como dívida do Estado Brasileiro para reparar as profundas consequências da escravidão.

### **5.1. A violência contra negros na atualidade**

Segundo relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública,<sup>36</sup> a violência contra pessoas negras só aumenta ano a ano. A exemplo disso, em 2021, das pessoas assassinadas, 76,2% eram negras e isto significa que a chance de um negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,6 vezes maior do que um não negro. Com relação às mulheres, 61,8% das vítimas de

---

<sup>36</sup> <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf> Acesso em 16 jul. 2022.

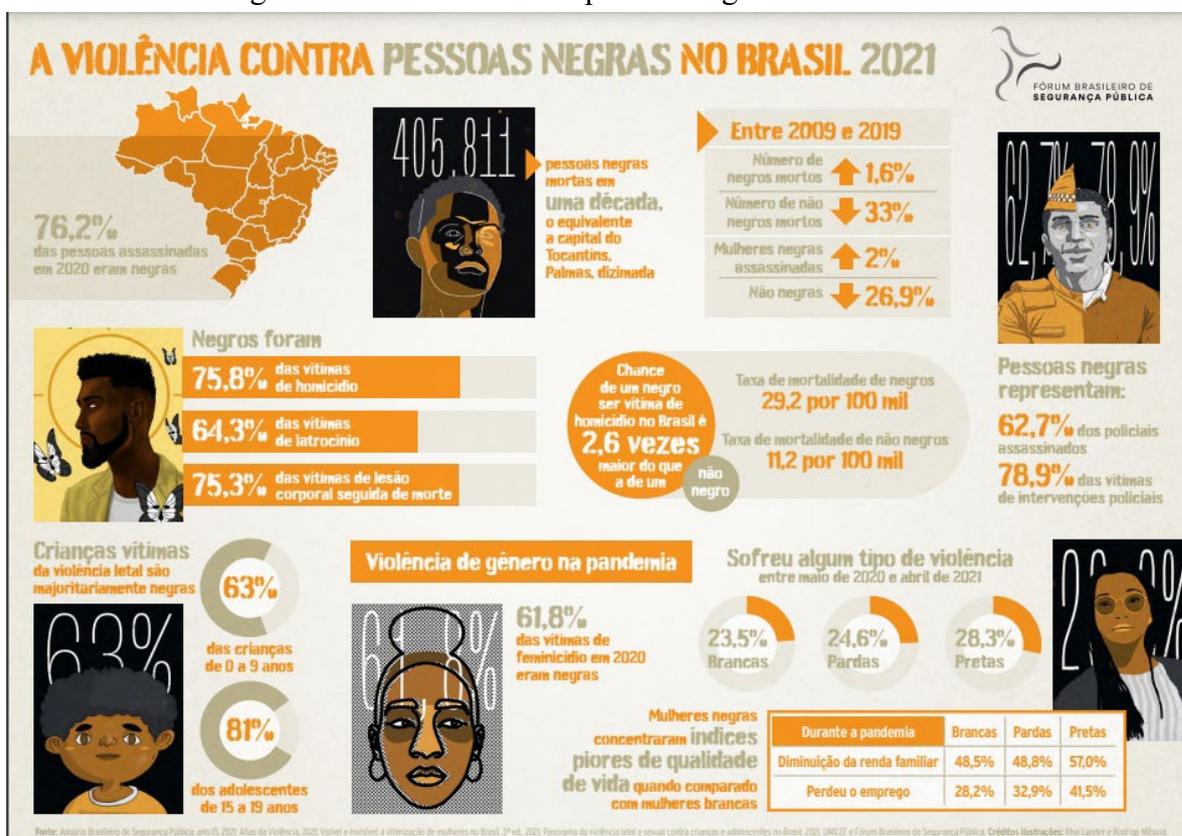
feminicídio eram negras. Sobre crianças, foram vítimas de violência letal 63% das crianças negras de 0 a 9 anos e 81% dos adolescentes de 15 a 19 anos.

Segundo o relatório, “A intensa concentração de um viés racial entre as mortes violentas ocorridas no Brasil não constituiu uma novidade ou mesmo um fenômeno recente. Pelo menos desde a década de 1980, quando as taxas de homicídios começam a crescer no país, vê-se também crescer os homicídios entre a população negra, especialmente na sua parcela mais jovem”. E prossegue;

Em 2019, os negros (soma dos pretos e pardos da classificação do IBGE) representaram 77% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,2. Comparativamente, entre os não negros (soma dos amarelos, brancos e indígenas) a taxa foi de 11,2 para cada 100 mil, o que significa que a chance de um negro ser assassinado é 2,6 vezes superior àquela de uma pessoa não negra. Em outras palavras, no último ano, a taxa de violência letal contra pessoas negras foi 162% maior que entre não negras. Da mesma forma, as mulheres negras representaram 66,0% do total de mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 4,1, em comparação a taxa de 2,5 para mulheres não negras.

Ilustrando:

Figura 6 – Violência contra pessoas negras no Brasil 2021



Fonte – Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2022

Esses dados apenas reforçam os argumentos acerca das consequências de uma escravidão não resolvida e não reparada pelo Estado brasileiro, ou seja, a abolição, por ela mesma, não foi capaz de resolver as contradições e conflitos da sociedade brasileira.

## **5.2. Um projeto genocida do Estado Brasileiro?**

Vimos, até aqui, neste capítulo, o escancaramento das estatísticas em que se observa a predominância de encarceramento de jovens, pobres, negros, baixa escolaridade, acusados ou condenados pelo crime de tráfico de drogas.

Em seguida, buscamos traduzir esses dados com a inserção de pesquisas e estudos que auxiliam a compreensão do que foi a escravidão no Brasil, o período pós-abolicionista e continuidade da exclusão social como marca de um abolicionismo não resolvido.

Mas isso seria, de fato, um projeto genocida do Estado Brasileiro?

Em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília, a professora Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2008), traduz de forma convincente o que argumentamos até aqui: a herança colonial escravagista e a relação do racismo com o sistema penal brasileiro.

Em primeiro, “afinal, nos destacamos no maior regime de trabalhos forçados que a humanidade já conheceu: escravizamos mais e por mais tempo”. (FLAUZINA, 2008). E traz com propriedade esse resgate histórico para a relação atual entre o racismo e o Direito Penal.

Diante de tais constatações, é preciso, antes de mais nada, problematizar a forma como, no Brasil, tem-se construído a relação entre racismo e sistema penal, na aparente contramão de um discurso que prega a inexistência da discriminação como fonte das desigualdades instauradas entre negros e brancos no país. [...]. Ou seja, o que interessa é perceber como se pôde administrar simbolicamente uma ferida aberta das proporções do sistema penal, mantendo inalteradas as percepções sobre nossas relações sociais”. (FLAUZINA, 2008, p. 47)

Chegamos, portanto, a uma encruzilhada fundamental com relação à “escolha” do sistema de justiça criminal do Brasil: é tudo obra do acaso e do estrito cumprimento do dever legal e de um ordenamento jurídico ou é tudo obra da formação de um Estado fundado no extermínio dos índios e na escravização dos negros para que suas elites acumulassem riquezas e resultassem em profunda concentração de renda e desigualdade social, que resultou na elaboração de um Direito Penal que teima em se afirmar na criminalização da pobreza?

## **5.3 Guerra às drogas, pobreza e hierarquia social**

Neste cenário, a política de “guerra às drogas” começa a amearhar significados para além do combate a um crime hediondo, punido com rigor. Em que se fundamenta, portanto, a

criminalização de uma conduta que não comporta violência contra a pessoa ou a patrimônio de outra pessoa? Qual o bem jurídico violado na conduta de alguém, nos atributos constitucionais da inviolabilidade de sua vida privada e de sua intimidade, de utilizar alguma substância entorpecente?

Não se trata de debate meramente teórico ou dogmático-jurídico, mas de uma política penal-institucional que está resultando no encarceramento de milhares de jovens, negros, pobres, sem escolaridade e violadores dos tipos penais previstos na Lei de Drogas, mas cometidos sem qualquer tipo de violência contra a pessoa ou ao patrimônio alheio.

Trata-se, portanto, de uma guerra absurda e, sobretudo, fraticida. Mata-se e morre-se por uma causa que não é dos vencedores e nem dos vencidos. Neste sentido, Daniela Ferrugem (Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia social, 2019), com extrema lucidez, observa:

Este aparato de guerra, além de consumir cifras consideráveis dos já saqueados cofres públicos, leva policiais mal remunerados, com salários atrasados e/ou parcelados, triste realidade atual, para o confronto sob o risco real da perda das suas vidas. O saldo desta batalha será de pobres vitimados, seja quem for a vítima, estão do mesmo lado, ou ocupando o mesmo lugar de subalternidade na sociedade”. (FERRUGEM, 2019, p. 83).

Como resultado da legislação atual, referendada pela política de guerra às drogas, os dados aqui apresentados demonstram, extenuante de dúvidas, um cenário de violência, mortes e encarceramentos em nome desta guerra, principalmente de jovens pretos e pretas.

Por fim, o proibicionismo resultou em uma guerra não contra uma planta ou qualquer outra substância, mas contra pessoas que usam drogas e que se enquadram em condições que só o racismo estrutural pode explicar. Assim, não basta ser usuário de drogas para ser “escolhido” pelo sistema de justiça criminal, é preciso que também seja jovem, pobre, negro e sem escolaridade. Não se trata, portanto, de uma guerra contra as drogas, mas de uma guerra contra os excluídos e para afirmar um sistema de justiça criminal que se abdica de suas atribuições de segurança pública para todos para criminalizar e punir a pobreza.

Na conclusão de Orlando Zaccone (2011): A política atual de guerra às drogas, para além de revelar um verdadeiro fracasso naquilo que se propõe, oculta sua real função que cumpre com magnitude: o controle social das classes perigosas. (ZACCONE, 2018, p. 125).

Em consequência, a questão do racismo estrutural merece atenção especial.

#### **5.4. Racismo Estrutural**

Segundo Sílvio Almeida, (Racismo estrutural, 2021),

Podemos dizer que o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas consciente ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo social a que pertençam. (ALMEIDA, 2021, p. 32).

Esta prática, de acordo com Almeida (2021) ocorre na forma individual, institucional e estrutural.

No primeiro caso, “o racismo é concebido como uma espécie de ‘patologia’ ou anormalidade. Seria um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados”. (ALMEIDA, 2021, p. 36)

No segundo caso, “o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.” (ALMEIDA, 2021, p. 36).

Por fim, o racismo estrutural, que nos interessa diretamente, parte-se do princípio que o racismo “é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional”. (ALMEIDA, 2021, p. 50).

Neste sentido, sendo estrutural, a responsabilização jurídica de indivíduos pela prática atos racistas não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina de produtor de desigualdade social. Isto não significa dizer, de outro lado, que o racismo estrutural não possa ser contornado e que ações políticas institucionais antirracistas não possam ser efetivas e lograr êxito.

Em conclusão, segundo Almeida, (2021):

A supremacia branca no controle institucional é realmente um problema, na medida em que a ausência de pessoas não brancas em espaços de poder e prestígio é um sintoma de uma sociedade desigual e, particularmente, racista. Portanto, é fundamental para a luta antirracista que pessoas negras e outras minorias estejam representadas nos espaços de poder, seja por motivos econômicos e políticos, seja por motivos éticos. Mas seria tal medida suficiente? É uma prática antirracista efetiva manter alguns poucos negros em espaços de poder sem que haja um compromisso com a criação de mecanismos institucionais efetivos de promoção de igualdade?

A liderança institucional de pessoas negras basta quando não se tem um poder real, projetos e/ou programas que possam de fato incidir sobre problemas estruturais como as questões de ordem da economia, da política e do direito? (ALMEIDA, 2021 pp. 49 e 50).

As indagações de Almeida (2021) são impactantes. Em primeiro, em face dos dados estatísticos apresentados em relação à proporcionalidade entre pretos, pardos e brancos, é possível se deduzir uma grande diferença, ou seja, os pretos e pardos não tem representação no aparato do sistema de justiça criminal, mas sobra representação nas celas dos presídios.

E mais: essa representação, evidentemente, sem poder real e acesso à outras esferas de poder também não bastam para superação das desigualdades. Assim, por exemplo, pode-se ter um delegado negro, um representante do Ministério Público, da magistratura e até um diretor de presídio negro, mas nada disso é o bastante se a sociedade continua produzindo réus jovens, pobres, negros, sem escolaridade e envolvidos com o tráfico de drogas. Em outras palavras, sem atingir as estruturas arcaicas da sociedade, sem políticas de distribuição de renda, sem educação e cultura de qualidade para todos, sem o acesso ao trabalho e renda, sob a tutela de um direito penal que tem como objetivo a manutenção dessa mesma estrutura, não se pode pensar em mudanças a curto prazo na composição da população carcerária brasileira.

Neste sentido, podemos afirmar que mudou o tempo, mas as premissas de marginalizar uma parcela da população, principalmente pela cor da pele, continuam em pleno vigor. Ora, se o “Pito de Pango” era proibido para negros e escravos, com penas mais severas para esses, a maconha e o crack apenas tomaram seu lugar, mas os destinatários são os mesmos. Ora, se o “Entrudo” também foi proibido para negros e pobres, embora a elite o praticasse no sossego de seus palacetes, a interdição da cultura popular continua proibida ou marginalizada. Por fim, se os “Batuques” foram proibidos por ter relação com as religiões de matriz africana, essa intolerância permanece até a atualidade com as constantes investidas contra os terreiros de Umbanda e Candomblé.

Por fim, enquanto o poder branco dominante continuar utilizando do poder político e econômico para a manutenção de seus privilégios brancos, amparados pelo direito penal voltado para criminalizar a pobreza, pretos e pardos continuarão sendo os “clientes” preferenciais desse sistema branco e punitivo.

Na conclusão de Ângela Davis (Estarão as prisões obsoletas? 2018),

Como podemos levar a sério estratégias de justiça reparadora em vez de uma justiça exclusivamente punitiva? Alternativas eficazes envolvem a transformação tanto das técnicas de abordagem do “crime” quanto das condições sociais e econômicas que levam tantos jovens de comunidades pobres, especialmente das comunidades de pessoas de cor, ao sistema correcional juvenil e depois à prisão. O desafio mais difícil e urgente é explorar de maneira criativa novos terrenos para a justiça nos quais a prisão não seja mais nossa principal âncora. (DAVIS, 2018, p. 22).

Por fim, ao final desse capítulo, abordando brevemente a discussão sobre o racismo estrutural, não podemos perder de vista que o personagem que permeia essa história é um nordestino, pobre, mecânico, primeiro grau completo e custodiado no Centro de Detenção Provisória de Diadema – SP. De acordo com as certidões colacionadas aos autos, o detento já havia sido condenado (furto, roubo e receptação) e ainda respondia outras ações penais por motivo da prática de crimes contra o patrimônio e porte de arma.

### **5.5. Drogas, pretos e pardos nos presídios brasileiros**

Como vimos, o proibicionismo atual foi resultado de uma evolução histórica e legislativa que envolve desde os resquícios da escravidão até o comportamento dito desviante dos anos 60 e 70. O resultado dessa nova forma de enfrentar o uso problemático das drogas, fortalecida pelos Estados Unidos e convenções das Nações Unidas, foi a instauração da atual política de “guerra às drogas”, que vem causando violência, mortes, corrupção policial e, principalmente, o super encarceramento de jovens pobres, negros, de baixa escolaridade, pretos e pardos e acusados de violação da Lei 11.343/06.

O levantamento mais longo acerca do sistema prisional brasileiro é o levantamento promovido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça.

Segundo a informação oficial, o

“SISDEPEN é a plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Os dados são periodicamente atualizados pelos gestores das unidades prisionais desde 2004. Substituiu o Infopen Estatísticas reformulando a metodologia utilizada, com vistas a modernizar o instrumento de coleta e ampliar o leque de informações coletadas. Pela primeira vez, o levantamento recebeu o formato de um relatório detalhado. O tratamento dos dados permitiu amplo diagnóstico da realidade estudada, mas que não esgotam, de forma alguma, todas as possibilidades de análise. Assim, convidamos todos os interessados a criticar e debater os resultados, com vistas à melhoria da gestão da informação e da política penal brasileira”.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen> Acesso em 13 jul. 2022.

Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça desenvolve plataformas para acompanhar o sistema penitenciário brasileiro, a exemplo do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) e o Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU).

Existe ainda uma forte discrepância no comparativo desses levantamentos, seja decorrente da metodologia ou problemas na atualização dos dados. Assim, por exemplo, segundo o CNJ, conforme estatística do BNMP, existem no Brasil 910.248 pessoas privadas de liberdade, incluindo os presos provisórios, em execução e prisão civil.<sup>38</sup> De outro lado, segundo o levantamento do DEPEN, a população carcerária do Brasil seria de 673.614 pessoas encarceradas, excluindo-se os presos sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares.<sup>39</sup>

Por fim, por ser o mais longo e completo, essa pesquisa utilizará os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (SISDEPEN) publicadas pelo Departamento Penitenciário Nacional.

### 5.5.1. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

Antes da apresentação desses dados, importante lembrar a pesquisa de Maria Gorete Marques de Jesus (2016) acerca da construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas, onde sempre prevalece a versão dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante. Em forma de gráfico:

Figura 07 – Autos de Prisão em Flagrante e Inquéritos Policiais



Fonte: Maria Gorete Marques de Jesus (2016), p. 69.

Como se trata quase sempre de prisão em flagrante por prepostos da polícia militar, Maria Gorete Marques de Jesus (2016) questiona com muita propriedade as circunstâncias

<sup>38</sup> <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> Acesso em 13 jul. 2022.

<sup>39</sup> <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWl0YjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em 13 jul. 2022.

desses flagrantes e as verdades que encerram:

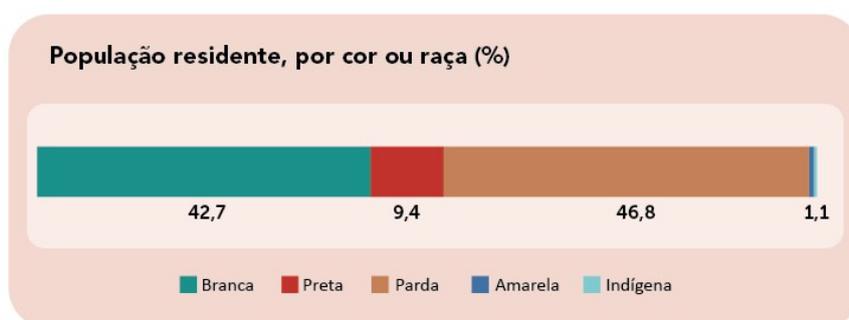
No regime de verdade da fase policial, os policiais, sobretudo a polícia judiciária, apresentam um papel central no estabelecimento daquilo que vai compor os documentos oficiais da polícia. Contudo, nas situações de prisão em flagrante, essa seleção já é previamente efetuada pelos policiais que a realizaram. A descrição sobre os fatos já traz os elementos necessários para que determinado fato seja enquadrado e visto como crime. O próprio ato da prisão em flagrante já indica a observação, seleção e interpretação realizada pelos policiais para uma intervenção. Em se tratando de crimes envolvendo drogas, a descrição do flagrante pelos policiais será central para a classificação do delito. (JESUS, p. 74, 2016).

Pois bem, com todos as observações de Jesus (2016), segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado até o dia 05 de maio de 2022, o Brasil conta com 673.614 pessoas encarceradas, excluindo-se os presos sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares.

Desses presos, quase um terço (30,28%) da população carcerária brasileira está encarcerada por motivo de crimes relacionados à Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06). Com relação às mulheres, mais da metade (57,13%) das custodiadas estão no sistema pelo mesmo motivo. Considerados dentre os crimes hediondos, os crimes de tráfico e associação para o tráfico representam 59,62% e 80,05%, respectivamente.

Com relação à cor, no Brasil, pretos e pardos compõe 67,04% das pessoas custodiadas. Desses, 50,28% se declaram pardos, 16,7% se declaram pretos e 29,53% se declaram brancos. Efetivamente, esses dados não representam a composição da população brasileira em geral, visto que os últimos levantamentos do IBGE apontam que 56,2% da população brasileira se declara preta ou parda e 42,7% se declaram branca.<sup>40</sup>

Figura 8 – População brasileira por cor ou raça



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2019.

<sup>40</sup>

Não se pode olvidar que esses anos foram marcados pela Pandemia Covid 19 e ainda carecemos de pesquisas mais detalhadas sobre a influência da crise sanitária no sistema de justiça criminal e no sistema penitenciário.

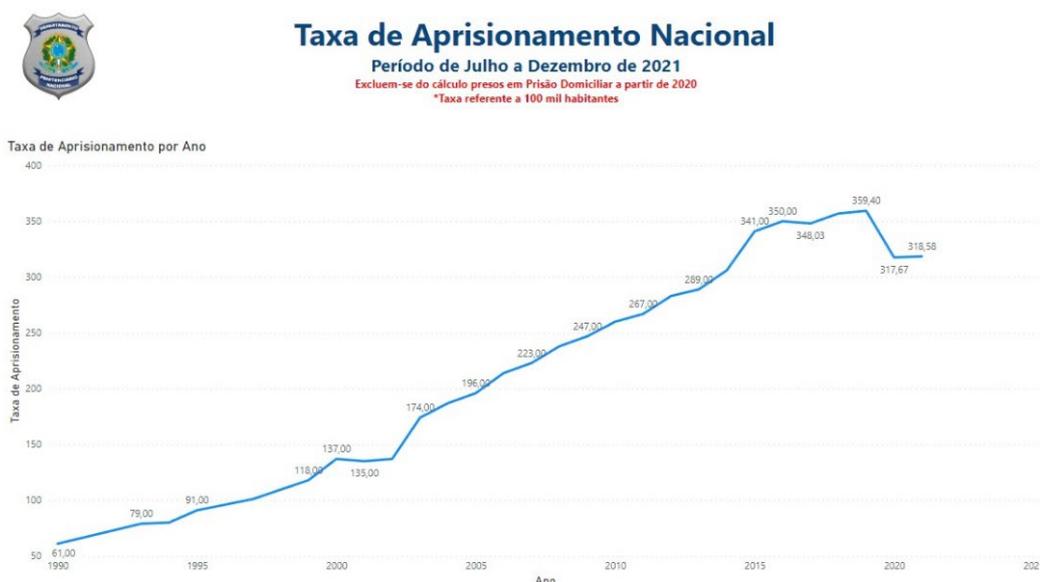


Figura 9 – Taxa de aprisionamento nacional

Fonte

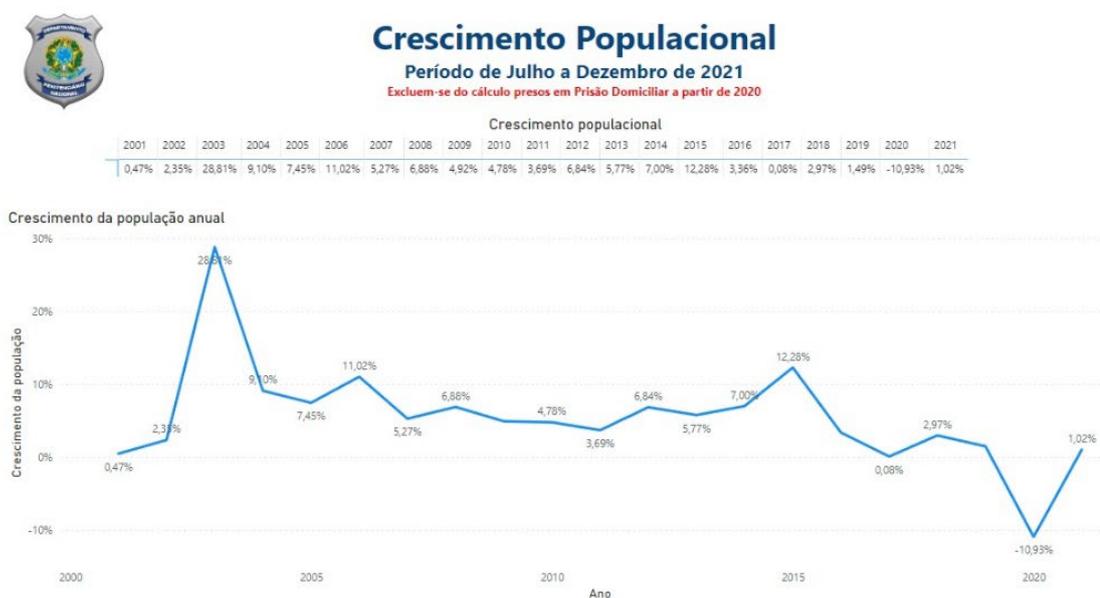
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWlYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

Acesso em 13 jul. 2022.

O crescimento da populacional carcerária brasileira manteve taxa estável de 2004 a 2014, em torno de 7% ao ano. Em 2015, no entanto, o crescimento superou 12%, voltado a cair de 2017 a 2020, embora registrando ligeiro crescimento em 2021, conforme gráfico abaixo.

Importante observar que a partir de 2020, o cálculo da taxa de aprisionamento e o número absoluto de pessoas presas, conforme observado nos gráficos específicos, excluíram as pessoas em prisão domiciliar. Logo, um levantamento mais apurado desse pequeno decréscimo, deve considerar essa observação. Implica dizer, por outras linhas, que não existe alteração significativa na taxa de aprisionamento e do número de pessoas presas no Brasil nos últimos anos.

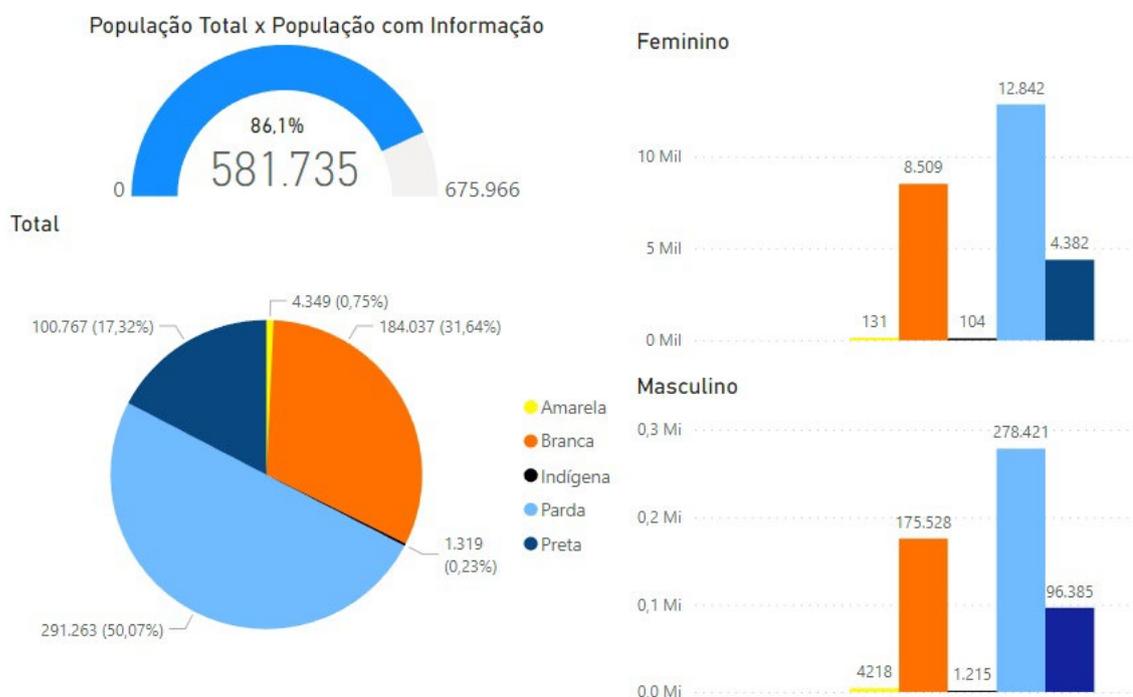
Figura 10 – Crescimento da população carcerária



Fonte – Idem.

Com relação à cor/raça, o levantamento do DEPEN apresenta uma forte preponderância de pretos e pardos no sistema penitenciário brasileiro.

Figura 11 – Relação pretos, pardos e brancos no sistema prisional



Fonte – Idem.

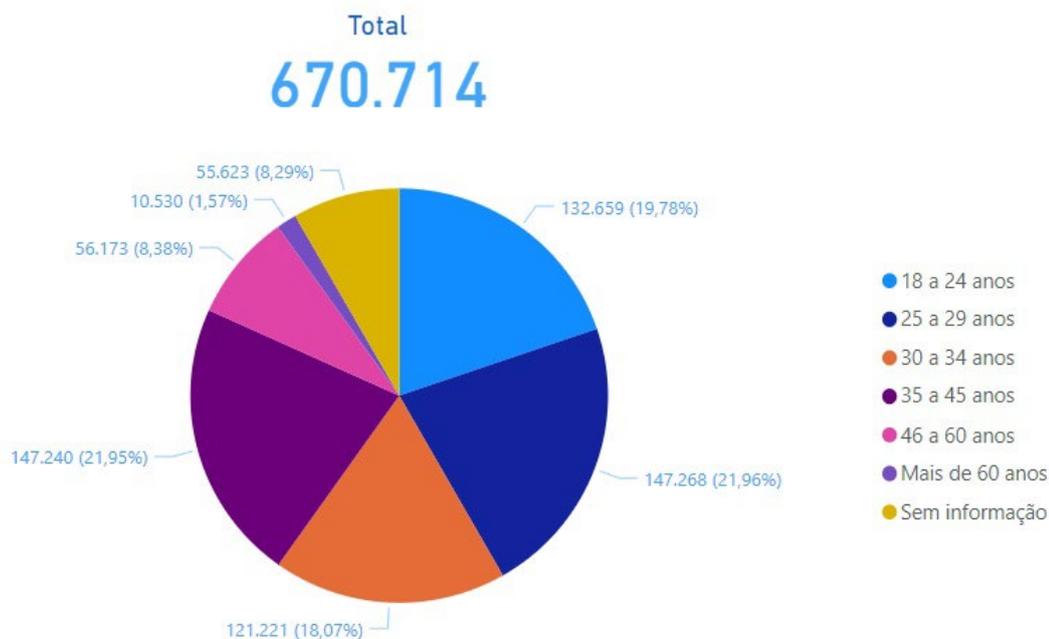
Como se depreende do quadro acima, pretos e pardos somam 67,39%, mas o IBGE informa que entre a população em geral esse percentual de pretos e pardos é de 56,2%. De

outro lado, segundo o levantamento do DEPEN, 31,64% da população carcerária brasileira se declara branca, mas o IBGE informa que entre a população em geral esse percentual de brancos é de 42,7%.

Conclui-se, portanto, que não há proporcionalidade na representação de cor e raça no sistema prisional brasileiro, prevalecendo mais pretos e pardos sobre brancos. Evidente que essa desproporcionalidade tem estreita relação com questões que envolvem a estrutura da sociedade brasileira e, como vimos, fortes resquícios da escravidão e do racismo estrutural na atualidade.

Com relação à faixa etária, percebe-se que além de pretos e pardos, o perfil preponderante no sistema prisional brasileiro é de jovens.

Figura 12 – Faixa etária da população carcerária



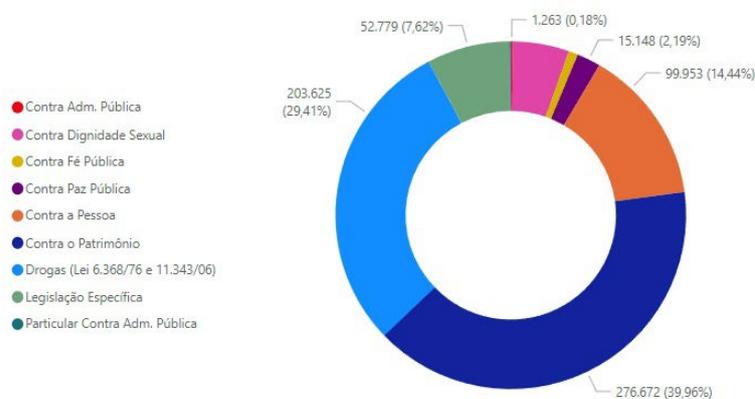
Fonte – Idem.

Com efeito, 41,74% das pessoas presas estão na faixa de 18 a 29 anos e quase 60% estão na faixa de 18 a 34 anos de idade, ou seja, pessoas com toda a vitalidade para uma vida produtiva.

Por fim, com relação ao tipo penal, prepondera fortemente os crimes relacionados com a lei de drogas.

Figura 13 – Presos por tipo penal

Total por Categoria:



TOTAL  
692.371

Feminino  
26.345

Masculino  
666.026

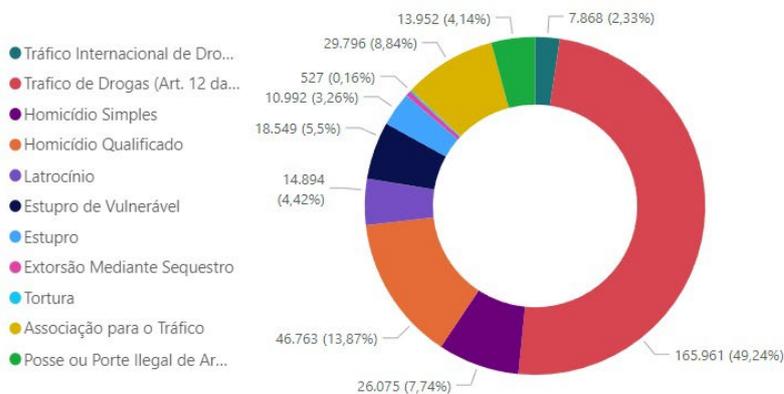
Fonte – Idem.

Considerando dentre todos os crimes, aqueles relacionados à Lei de Drogas representa 29,4%, ou seja, quase um terço. Considerando apenas as mulheres, esse percentual salta para 55,86% dos crimes relacionados à lei de Drogas.

De outro lado, considerados dentre os hediondos e equiparados, os percentuais são bem mais expressivos.

Figura 14 – Tipos entre os hediondos e equiparados

Total por Categoria:

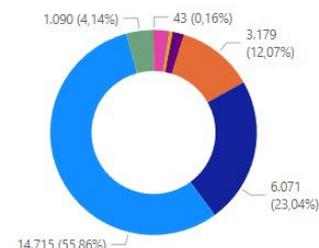


Total  
322.182

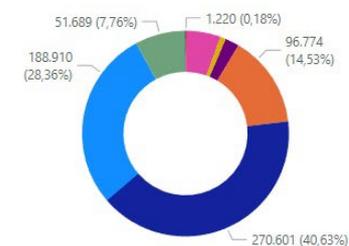
Feminino  
18.157

Masculino  
304.025

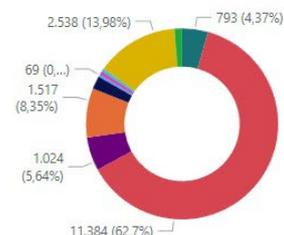
Feminino



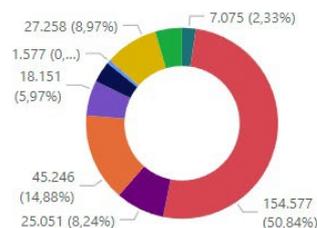
Masculino



Feminino



Masculino



Fonte – Idem.

Neste caso, o tráfico de drogas corresponde a praticamente a metade dos casos (49,24%) e, dentre as mulheres, registra-se o percentual assustador de 62,7% dos crimes.

Por fim, além de pretos e pardos e jovens, predomina no sistema prisional brasileiro pessoas que cometeram crimes previstos na lei de Drogas, ressaltando que esse predomínio é mais observado entre as mulheres.

Evidente que o debate que ora se estabeleceu no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, envolve princípios constitucionais (inviolabilidade da intimidade e da vida privada) e a doutrina constitucional, mas entendemos de fundamental importância a análise da atual política de enfrentamento ao problema das drogas, a guerra às drogas, e suas consequências para o sistema prisional brasileiro.

Neste sentido, o debate proibicionismo x descriminalização x legalização poderá implicar, sem dúvidas, em alterações significativas na política atual que resulta em violência, mortes e, principalmente, o encarceramento de jovens, pobres, pretos e pardos e de baixa escolaridade por motivo do envolvimento com o tráfico de drogas.

Afirmava Luciana Boiteux, em 1986, ainda de absoluta atualidade, que esse modelo exaustivamente apresentado, que resulta em violência e aprisionamento, se sustenta em um fundamento moral e um fundamento médico sanitário.

O modelo proibicionista de controle de drogas sustenta-se em dois fundamentos básicos: o fundamento moral e o fundamento sanitário-social, e a proibição repousa sobre a premissa da supressão da oferta por meio da interdição geral e absoluta de todo o uso, comércio e produção, que passaram a ser previstos como crime, e sancionados com pena de prisão.

O discurso punitivo que fundamenta o modelo considera a proibição como única opção para se lidar com os malefícios da droga. Trata-se de uma escolha simples em teoria, mas extremamente difícil na prática, pois se presume, sem nenhuma base empírica, que a interdição pela lei penal, sob ameaça de pena, fará as pessoas mudarem seus hábitos, gostos e escolhas e deixar de consumir determinadas substâncias, apenas pelo fato destas serem ilícitas<sup>78</sup>. Destaca-se aqui claramente a influência do direito penal simbólico nas justificativas da proibição, discurso mais nítido a partir da década de 90.

No aspecto político, o modelo proibicionista é amparado pelos tratados internacionais já analisados, em vigor na grande maioria dos países do mundo, e defendido pela ONU. Diversas autoridades e políticos apoiaram essa política, em especial os Presidentes Norte-americanos (Nixon, Reagan, Bush pai e Bush filho<sup>79</sup>), além do Presidente francês Jacques Chirac. Notadamente, o assunto “droga” transcende os limites da saúde pública e da moral, marcando terreno na esfera da política internacional e passa a se constituir tópicos relevante na política externa das grandes potências.

Diz-se, portanto, repousar o modelo proibicionista sobre o *fundamento moral* diretamente trazido da moral protestante do século XIX, *que vê na abstinência um ideal de virtude*, não sendo à toa que os principais sistemas proibicionistas tenham se inspirado no catecismo das igrejas anglicanas. Como bem analisa Caballero, a “tese de abstinência” idealiza a figura de um cidadão “modelo”: religioso, abstinente, sem vícios e que vive tranquilamente em sociedade. Contudo é de difícil realização prática, pelo dado antropológico de que as pessoas sempre consumiram algum tipo de droga. Por mais que se considerem certas virtudes sociais de comportamentos socialmente regradados e conformistas, não há como se impor um modelo ideal a toda uma sociedade. Dentre as várias críticas ao proibicionismo, seu caráter autoritário desrespeita modos de vida alternativos, e de outras culturas, pois pretende impor a sociedades bem mais complexas e diversificadas uma moral de temperança e virtude de determinado grupo social. (RODRIGUES, p. 47-48)

Mais recentemente, em pesquisa para obtenção do Doutorado na Universidade de São Paulo, o Desembargador Marcelo Semer (2019), ao analisar sentenças de juízes de todo o Brasil envolvendo o tráfico de drogas, observou que os juízes, de fato, têm papel fundamental no atual super encarceramento:

A pesquisa lança luz também sobre alguns mitos da atuação dos juízes, que impõem a este momento ressaltar. O primeiro e mais elementar deles é a falsa ideia de leniência. Não se pode mais conjugar o antigo chavão sem a referida atualização: a polícia prende e os juízes também. E em larga medida. [...]

Há nitidamente uma sensação de que o tráfico de drogas é, efetivamente, um delito de imensa gravidade, mais por seu timbre “equiparado a hediondo”, do que propriamente pelas particularidades do caso concreto. E, com ela, uma aposta desmesurada no encarceramento como forma de solução, naquilo que se constitui, a essa altura, uma espécie de triunfo da esperança sobre a experiência. Acossados pelos reflexos não tão passageiros do pânico moral, suportando o silêncio sobre violências para confiar nos propósitos da polícia, seja na repressão, seja na instrução, os juízes, em grande medida, abonam a tutela da ordem pública que se dá ao crime de tráfico preterindo-se questões sanitárias. A figura do juiz como um mantenedor da ordem, mais ainda do que garantidor da lei, não lhe engrandece, porém. E, tal qual a violência que perpetra ao estilhaçar a presunção de inocência para esse desiderato, ou a que observa, ao calar-se na denúncia de tortura na qual não acredita, acaba por se enredar no estado de negação também quando é vítima do esvaziamento de suas próprias competências.

O juiz que só encarcera, encarcera-se a si mesmo. (SEMER, 2019, pp 480 e 485).

Tudo isso eleva, sobremaneira, a importância e relevância do julgamento do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pois poderá significar, se realmente efetivado e cumprido pelo Poder Judiciário, em verdadeiro divisor de águas e reflexos profundos no sistema de justiça criminal e penitenciário.

Concluída a análise sistema prisional brasileiro e suas implicações para o sistema de justiça criminal, também para a desmistificação de política de guerra às drogas e, por evidente, para o julgamento do Recurso Extraordinário objeto desta pesquisa, como utilizar-se dessas

informações em face de uma proposta metodológica que resulte em um aprofundamento da compreensão do tema e formulação de alguma conclusão?

É o que veremos a seguir.

## **6. O PERCURSO METODOLÓGICO DA PESQUISA SOBRE OS ARGUMENTOS NO PROCESSO OBJETO DA PESQUISA**

A única maneira de aprender a pesquisar é fazendo uma pesquisa. (RICHARDSON, 2012, p. 15). Isto significa que não existe uma regra rígida e absoluta a ser seguida, estabelecida, a priori, com relação à pesquisa científica. É certo, no entanto, que a pesquisa é a forma de se obter o conhecimento a partir de uma pergunta, de uma inquietação, de um não-saber. Essa busca do conhecimento através da pesquisa implica em uma caminhada com idas e vindas, pedras no caminho e incertezas em busca da resposta para a pergunta que inspirou a pesquisa. Ao final, é possível que a resposta não seja aquela esperada pelo pesquisador ou mesmo que o resultado da pesquisa resulte em outras perguntas.

Para tanto, ao se enveredar pelas alternativas e possibilidades da pesquisa, “os investigadores aceitam os critérios da historicidade, da colaboração e, sobretudo, revestem-se da humildade de quem sabe que qualquer conhecimento é aproximado e construído, portanto passível de mudanças”. MINAYO; DESLANDES; GOMES, 2016, p.12).

A pesquisa empírica no campo do direito, embora seja algo recente e ainda muito pouco consolidada na formação acadêmica das Faculdades de Direito, visto que o Direito ainda é extremamente formalista, dogmático e distante do universo da pesquisa empírica, a cada dia ganha espaço e oferece um leque mais amplo de objetos de pesquisa. (IGREJA, 2017, p. 11). Assim, por exemplo, pode-se pesquisar como são produzidas as leis penais em face da distinção esquerda x direita ou conservador x progressista (Possas, 2015), como pensam os parlamentares acerca de determinado tema em debate (CAPPI, 2017b) e, no presente caso, como pensam e argumentam os atores envolvidos no debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

O método eleito para essa pesquisa, essencialmente qualitativa, é o da Teorização Fundamentada nos Dados (TFD), brevemente exposta a seguir.

### **6.1. A Teorização Fundamentada nos Dados (TFD)**

O método proposto para a pesquisa é o da Teorização Fundamentada nos Dados – TFD, (Grounded Theory), desenvolvida por Glaser e Strauss, no sentido de sistematização dos argumentos em torno do debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

A princípio, a pesquisa terá abordagem qualitativa e será baseada na análise das peças processuais constantes do Recurso Extraordinário já mencionado. Inicialmente, a proposta é analisar esses documentos, conforme discriminados mais adiante.

Pretende-se com essa análise sistematizar os argumentos favoráveis na petição inicial e no voto do Ministro Gilmar Mendes, que se manifestou pela inconstitucionalidade do dispositivo, nos termos do pedido. Em seguida, a análise os argumentos do Ministério Público e do *amicus curiae* que se manifestaram pela constitucionalidade e, por fim, os votos dos Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, que apresentaram voto para que se considere apenas a hipótese da descriminalização do porte de maconha para o consumo pessoal. Conforme veremos adiante (seção 7.2.), dos “amicus” que se habilitaram em defesa da constitucionalidade, apenas a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL) ofereceu razões iniciais por escrito, sendo que os demais se reservaram para a sustentação oral quando do julgamento. Assim, por uma questão de paridade de armas, definimos pela análise de apenas um “amicus” que se habilitou pela defesa da inconstitucionalidade. A escolha do IBCRIM se deu pela abrangência dos argumentos e pela participação ativa da entidade no debate nacional acerca do proibicionismo e legalização das drogas.

Segundo Cappi (2017a), a teorização fundamentada nos dados é

Um método de pesquisa que permite elaborar hipóteses, produzir conhecimentos teóricos, a partir da avaliação dos dados empíricos. Indicada para estudar as práticas e as maneiras de pensar, as maneiras de definir situações e de conceber as ações por parte dos autores, e pode também ser utilizada para o estudo da trajetória das pessoas, de situações características e do funcionamento das organizações. (CAPPI, 2017a, p. 399).

Assim, embora mais utilizado em outras áreas do conhecimento, a teorização fundamentada nos dados também serve ao campo das ciências sociais e da sociologia jurídica.

A pesquisa sobre os discursos a acerca da redução da maioria penal (CAPPI, 2017b, p. 81), por exemplo, seguiu uma construção metodológica que compreendeu dois momentos, cada qual dividido em dois tempos.

Nesse sentido, segundo Cappi (2017b):

O método exposto é, todavia, aplicável a toda sorte de discursos. Ele nos permite, de um lado, apreender, de maneira mais acurada possível, o ponto de vista dos autores; e, de outro lado, ele nos conduz a um esforço de teorização, que pode fornecer uma leitura sintética desses mesmos discursos. (CAPPI, 2017b, p. 80)

Segundo Laperrière, (2008, p. 357), em síntese, o objeto de pesquisa da teorização fundamentada nos dados é um fenômeno social do qual se busca aprofundar a análise teórica. Em consequência, o local da pesquisa será definido exatamente pela abrangência do problema e baseia-se predominantemente nos dados do campo, observações, entrevistas, arquivos, documentos, dentre outras técnicas de pesquisa.

De posse dos dados, a tarefa do pesquisador é codificar essas informações. São três, as etapas da codificação, entendidas numa sucessão não rigorosamente linear.

Inicialmente, a codificação é aberta e permite que o pesquisador sistematize o maior número possível de conceitos e categorias. (LAPERRIÈRE, 2008, p. 361). Segundo Cappelletti (2017a, p. 406), na codificação aberta, todos os dados observados nesse estágio são passíveis de codificação, bem como podem se reunidos em categorias e subcategorias, possibilitando a descoberta e suas propriedades.

A codificação axial remete ao estabelecimento de comparação e relações entre as categorias, causas, contexto, condições estruturais, ações, interações e consequências. (LAPERRIÈRE, p. 362), buscando a elaboração de uma articulação teórica entre elas. (CAPPI, 2017a, p. 407).

A terceira e última fase, denominada de seletiva, busca a integração final de uma proposta teórica em torno de uma categoria ou de uma narrativa central, como um pivô. (CAPPI, 2017a, p. 407). Uma linha narrativa que vai ao centro do fenômeno e o sintetiza, possibilitando a inserção de todos os dados relativos ao fenômeno pesquisado. (LAPERRIÈRE, 2008, p. 364).

Por fim, quando os dados não apresentarem fato novo que possa modificar as proposições teóricas inicialmente estabelecidas, diz-se que aquele tema está saturado. Seriam apenas novos exemplos que se encaixariam nas categorias e propriedades já existentes. (CAPPI, 2017b, p. 409).

Para concluir esse capítulo sobre o método adotado e técnicas para concretização da pesquisa proposta, nossa “viagem” (CAPPI, 2017a, p. 398) seguiria, basicamente, esses critérios propostos por Laperrière (2008, p. 368):

- 1 – A coleta e a análise dos dados são processadas e interligadas;
- 2 – Os conceitos são as unidades de base da análise;
- 3 – Categorias conceituais devem ser elaboradas e, posteriormente, relacionadas;
- 4 – A amostragem responde a objetivos teóricos;
- 5 – A análise procede por comparações constantes;

6 – A teoria deve levar em conta, simultaneamente, regularidade e variações dos dados;

7 – A teoria se articula em termos de processo;

8 – A elaboração da teoria se dá por meio da redação de memorandos;

9 – Hipóteses sobre as relações entre categorias são elaboradas, de depois, verificadas durante a pesquisa;

10 – O fenômeno pesquisado – sendo micro – deverá ser analisado em relação às condições estruturais mais amplas nas quais ele se insere.

## 6.2. As fontes e peças processuais a serem analisadas

Em continuidade, a fase seguinte seria a análise das peças processuais já mencionadas e que se encontram à disposição para consulta pública no site do Supremo Tribunal Federal.

Propõe-se ao exame dos seguintes documentos:

- (i) peça da Denúncia oferecida pela Promotora de Justiça;
- (ii) sentença condenatória da juíza de direito do juizado de Diadema (SP);
- (iii) petição inicial do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal,
- (iv) parecer do Ministério Público, o (v) voto do relator, Ministro Gilmar Mendes;
- (vi) voto do Ministro Edson Fachin; (vii) o voto do Ministro Luís Roberto Barroso;
- (viii) petição do *amicus curiae* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e, por fim,
- (ix) petição do *amicus curiae* da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil).

Como se vê, são peças processuais relacionadas ao processo judicial, a exemplo da Denúncia, sentença, petições, pareceres e votos de ministros. Além dessas peças, conforme explicitado adiante, (seção 7.2.), definimos pela análise de apenas duas petições dos “amicus curiae” por uma questão de paridade de armas, visto que apenas uma entidade manifestou-se por escrito a favor da constitucionalidade do dispositivo.

Por enquanto, como já dito, votaram os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. O primeiro manifestou-se pela inconstitucionalidade e os outros pela procedência em parte, visto que se manifestaram pela admissão do Recurso Extraordinário apenas em relação à maconha.

Dessa análise, pretende-se organizar os argumentos nas categorias possíveis e, utilizando o método inspirado na Teorização Fundamentada nos Dados, prevendo a codificação desses argumentos.

Do exposto, impossível imaginar onde nos conduzirá essa viagem na busca de compreender os argumentos favoráveis e desfavoráveis à legalização da produção e comercialização de maconha para o uso recreativo.

Observe-se, por fim, que essas peças processuais estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal<sup>41</sup> e serão anexadas ao texto final da dissertação.

### **6.3. O pesquisador na pesquisa: “*Lupus in fabula*”.**

Vale a pena voltar a uma questão preliminar: por que me angustiam a problemática das drogas e as ações do sistema de justiça criminal que resultam em milhares de mortes de jovens e o encarceramento de outros tantos milhares?

A posição do pesquisador, como frequentemente acontece, tem importância para responder. Pois bem, ingressei na magistratura da Bahia em dezembro de 1990 quando era vigente a lei nº 6368/76. Em seguida, veio a Lei nº 10.409/02, que foi revogada pela atual lei nº 11.343/06.

A Lei 6368/76 previa pena de reclusão de 3 a 15 para o crime de tráfico (art. 12) e de 06 meses a 2 anos para o crime de uso (art. 16). Além disso, essa lei previa a pena de reclusão de 03 a 10 anos para o crime de associação para o tráfico de drogas.

De sua vez, a Lei nº 10.409/02, após o veto presidencial aos artigos definidores dos crimes e das penas, restou apenas a parte processual. Passamos a viver a situação inusitada de vigência de duas leis sobre o mesmo tema, sendo uma delas referente aos crimes e penas e outra referente ao processo penal.

Por fim, vivemos hoje sob a égide da lei nº 11.343/06. O artigo 33 dessa lei pune o crime de tráfico, caracterizado por diversas condutas, a pena de reclusão de 05 a 15 anos e, além disso, pune o consumo pessoal com penas restritivas de direitos (art. 28) e a associação para o tráfico com pena de reclusão de 03 a 10 anos (art. 35).

---

<sup>41</sup>[http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq\\_objetoincidente=4034145](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4034145) Acesso em 17 jul. 2020.

Em longos 30 anos de magistratura, quase sempre atuando em varas criminais, como Juiz de Direito, julguei milhares de processos envolvendo as referidas condutas. Muitos condenados e outros absolvidos.

Uma observação nesse percurso: a atuação extremamente punitivista do Ministério Público e pressão da opinião pública para que o judiciário punisse cada vez mais severamente o crime de tráfico, como se essa pena afliativa e privativa da liberdade fosse resolver o problema do consumo e tráfico de drogas, criminalizando o usuário.

Dessa forma, enquanto magistrado, de alguma forma, terminei contribuindo para o superencarceramento de jovens usuários e pequenos traficantes.

Minha formação e conhecimento da teoria crítica do direito e das possibilidades do pluralismo e do Direito Alternativo resultaram em inquietações e pesquisas sobre a problemática das drogas, que me levaram à filiação e condição de Porta-Voz, no Brasil, da LEAP (*Law Enforcement Against Prohibition*), assumindo publicamente a posição de antiproibicionista e defensor da legalização das drogas. Essa postura não foi pacífica no seio da magistratura nacional, sempre legalista e punitivista.

Em 03 de agosto de 2014, em pleno domingo, o jornal Correio da Bahia estampou em sua capa, em manchete principal: “Juiz baiano defende liberação da maconha”. No subtítulo: “Gerivaldo Neiva, de Conceição do Coité, cria polêmica ao dizer que ‘todos nós nos drogamos’ e critica o Judiciário por não compreender a questão”.



Figura 15 - Capa do jornal Correio da Bahia, 03 de agosto de 2014

Desde então, passei a ser estigmatizado com o Juiz que defende a maconha e que solta traficantes. A questão, no entanto, é muito mais complexa e não se resume a “defender a liberação da maconha”.<sup>42</sup>

Por conta exatamente dessa complexidade, aumentando a cada dia o número de jovens mortos e encarcerados em consequência da desastrosa política de guerra às drogas, cada vez mais instigado pelo tema, passei a pesquisar e proferir sentenças judiciais que tiveram grande repercussão no meio jurídico. Além de sentenças e decisões judiciais, publiquei outros textos, não artigos científicos sobre o tema, e que também tiveram grande repercussão. Afinal, tratava-se de um Juiz de Direito defendendo a legalização da maconha para uso recreativo.

Assim, nessa jornada, concordando com Gustin e Dias (2006), entendo que três grandes elementos condicionam a escolha dos procedimentos científicos para a pesquisa a ser desenvolvida: o primeiro elemento implica na concepção de que a realidade jurídica está condicionada pela trama de relações de natureza econômica, política e ideológica, ou seja, o Direito como fenômeno jurídico, mas também social e cultural. O segundo elemento constitui na necessidade questionar os institutos positivados no ordenamento e que reproduzem o *status quo*. Por fim, um terceiro elemento refere-se ao fato de que a escolha da metodologia significa a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade. (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 19).

Por fim, depois de décadas de questionamentos, campanhas, discussões e pesquisas sobre o tema da legalização, incluindo muitas sentenças judiciais, inclusive do autor dessa pesquisa, que declararam a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas, eis que o debate chega ao Supremo Tribunal Federal por força de um Recurso Extraordinário requerido pela Defensoria Pública de São Paulo.

### **6.3.1. As inspirações Karam e Boiteux**

Entre nós, ainda nos anos 90, a juíza Maria Lúcia Karam proferiu as primeiras sentenças descriminalizando o uso de maconha e questionando a tal política de “guerra às drogas”. De forma contundente, apresentou alguns textos na obra “De crimes, penas e fantasias” (1993).

Alguns anos de vivência na Justiça Criminal me fizeram compreender que o compromisso com a construção da democracia passa por desnudar o papel do sistema penal na conservação e reprodução das

---

<sup>42</sup> <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/pro-legalizacao-da-maconha-juiz-de-coite-critica-leis-antidrogas/> Acesso em 14 set. 2020.

sociedades desiguais e opressoras, passa pela desmistificação das falsas ideias sobre crimes e penas, pelo rompimento daquela fantasia perversa. (KARAM, 1993, p. 19).

A juíza Maria Lúcia Karam foi pioneira e inspiradora de vários magistrados que se organizaram na LEAP-Brasil (Agentes da lei contra a proibição), inspirada em igual movimento nos Estados Unidos, que reuniu juízes, delegados, policiais civis e militares.

Ao defender a atipicidade penal, sem negar a tipicidade legal, do crime da posse de drogas para uso pessoal, de forma didática e pertinente, àquela época, que a política criminal vigente no campo das drogas violava princípios básicos do Direito Penal, ela formula, em síntese:

I – O princípio da idoneidade, que exige a demonstração que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social;

II – O princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que não existem alternativas que não a criminalização;

III – O princípio da racionalidade, que exige que se compare os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização;

IV – O princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do dano social do delito, particularmente violado no caso da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, em que sequer há algum dano social, pretendendo-se punir uma conduta nitidamente privada, sem potencialidade para afetar bens de terceiros. (Karam, 1993, p. 63).

Profeticamente, em 2006, Luciana Boiteux, em Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, indicou algumas das sugestões agora acolhidas pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme veremos adiante.

Assim, considerando-se a necessidade de dar uma resposta mais rápida até que se consiga implementar um modelo de controle de drogas fora do direito penal, podem ser sugeridas as seguintes medidas.

#### **Propostas de Redução de Danos**

1. Aplicação e fortalecimento de medidas de redução de danos, como distribuição de seringas; campanhas informativas de prevenção;
2. Previsão legal e regulamentação de tratamentos de substituição;
3. Oferecimento de tratamento voluntário de dependência de drogas na rede pública de saúde;

#### **Propostas de Alteração da Lei de Tóxicos**

1. Descriminalização do uso e da posse não problemáticos de pequenas quantidades de drogas por usuários maiores de idade, em locais privados, sem atingir interesse de terceiros e sem o envolvimento de menores, de acordo com as seguintes recomendações:

- Determinação legal ou administrativa de quantidades máximas para a posse de cada uma das substâncias proibidas, que regule e limite a atividade repressiva, e dê condições ao usuário de se prevenir. Tal determinação administrativa, no entanto, não vinculante para o juiz, que poderia considerar ainda outras circunstâncias, em benefício do réu, mas não em seu desfavor. Ver os exemplos dos países europeus e as quantidades previstas;

- Classificação das substâncias em drogas “leves” e “pesadas”, de acordo com o modelo europeu, que passariam a ter a regulamentação e penas diferenciadas (para o delito de tráfico), de acordo com considerações técnicas e estudos sobre a danosidade do produto.

2. Previsão legal de tipos diferenciados, com penas menores, para o pequeno traficante e para o traficante-dependente, respeitando-se o princípio da proporcionalidade, com as seguintes recomendações: P. 247-248)

- Possibilidade de aplicação de penas alternativas, incluindo o comparecimento a cursos de qualificação profissional, e a facilitação da busca por emprego, de forma a tentar afastar a pessoa do comércio ilícito;

- A descrição típica do delito do pequeno traficante deve incluir um tipo privilegiado, com penas mais baixas para o comércio de drogas sem violência, como um tipo intermediário, com penas mais leves;

3. Previsão legal de progressão de regime e liberdade condicional para os crimes de tráfico, nos moldes atuais do Código Penal, após ter cumprido 1/6 e 1/3 respectivamente, além da previsão legal do recurso em liberdade, anistia, graça e indulto e liberdade provisória. (RODRIGUES, pp 247 -248)

Além dessas duas grandes inspirações, releva salientar as contribuições mais recentes de Luís Carlos Valois, Maria Gorete Marques de Jesus, Marcelo da Silveira Campos, Orlando Zaccone, Dudu Ribeiro, Marcelo Semer, Cristiano Maronna, Dartiu Xavier, Luís Fernando Tófoli, Sidarta Ribeiro, Henrique Carneiro, Antônio Nery, Beatriz Vargas e tantos outros que se dedicaram ao estudo das drogas e do proibicionismo.

Esta pesquisa, por conseguinte, tem o objetivo de contribuir com esse debate e, ao mesmo tempo, agora em forma de pesquisa acadêmica, subsidiar e aprofundar o conhecimento do próprio autor em sua atuação como magistrado. É a síntese do caminhar de um magistrado que simplesmente julgava de acordo com a lei para um pesquisador sobre um tema sempre atual e relevante. Enfim, é o lobo adentrando à história: “*Lupus in fabula*”.

## 7. A TRAJETÓRIA DO DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE: DE DIADEMA (SP) AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste trabalho, os objetos de análise, ancorado na Teorização Fundamentada nos Dados (TFD), serão a petição inicial do Recurso Extraordinário, o parecer da Procuradoria Geral da República, os votos dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, além das peças de dois *amicus curiae*, sendo um pelo provimento do recurso (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM) e outro pelo improvimento (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL BRASIL).

Antes disso, por evidente, necessário se faz situar o caso que originou o Recurso Extraordinário e apresentar as fases processuais que resultaram na chegada do debate ao Supremo Tribunal Federal em termos de Recurso Extraordinário que questiona a constitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06

### 7.1 Primeira fase: da Denúncia à sentença condenatória.

À época dos fatos que originou o Recurso Extraordinário aqui pesquisado, Francisco Benedito de Souza tinha 49 anos de idade, casado, cor branca, natural de Cariús-CE<sup>43</sup>, mecânico, primeiro grau completo e custodiado no Centro de Detenção Provisória de Diadema – SP. De acordo com as certidões colacionadas aos autos, o detento já havia sido condenado (furto, roubo e receptação) e ainda respondia outras ações penais por motivo da prática de crimes contra o patrimônio e porte de arma.

Durante uma vistoria de rotina, em 21 de julho de 2009, agentes penitenciários encontram uma porção de 3 gramas de maconha em um marmitex,<sup>44</sup> próximo a uma cama, e o denunciado teria assumido que a maconha era para seu uso pessoal. Em seguida, foi levado à Delegacia de Polícia para instauração do procedimento legal.

Em consequência, a Promotora de Justiça, Claudia Aparecida Jeck Garcia Nunes de Souza, ofereceu Denúncia acusando-o da prática do crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06. Foram arroladas como testemunhas os dois agentes penitenciários que teriam

---

<sup>43</sup> O município de Cariús ocupa uma área de 1.075 km<sup>2</sup> e de acordo com o censo de 2010, toda população, incluindo zona rural e urbana, era de 18.567 habitantes. Está localizado na Região Centro Sul do Estado, a 420 km da capital, a 36 km de Iguatu e a 04 km da cidade de Jucás.  
<https://www.carius.ce.gov.br/> Acesso em 17 jul. 2020.

<sup>44</sup> Segundo o Site [www.dicio.com.br](http://www.dicio.com.br), marmitex é a “Embalagem térmica e descartável através da qual é possível transportar comida; marmíta. A refeição ou comida que se transporta por meio dessa embalagem ou marmíta: hoje vou almoçar um marmitex”.

encontrado a maconha na cela. (Fls. 59 a 61 dos autos físicos - 161.01.2009.018946-6/000000-0 – Juizado Especial Criminal de Diadema – distribuído em 28 de julho de 2009).<sup>45</sup>

A Denúncia do Ministério Público limitou-se a narrar a versão dos agentes penitenciários e tipificar o fato como violação ao artigo 28, Lei 11.343/06, e “a condenação pelo crime que cometeu”.

A audiência foi realizada em 26 de fevereiro de 2010, presidida pela Juíza de Direito Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo. O acusado compareceu desacompanhado de advogado, sendo-lhe nomeado o Defensor Público Leandro de Castro Gomes. Durante a audiência, o acusado permaneceu algemado: “O(s) réu(s) permaneceu(eram) algemado(s), com a concordância das partes, e por não haver escolta suficiente, nesta Comarca, a fim de mantê-lo(s) sem algemas, nesta audiência”.

Interrogado, alegou que a maconha foi encontrada em sua cela e “como nenhum dos 33 detentos se manifestou quanto à propriedade da droga, ela ficou sob sua responsabilidade”. Alegou ainda que não é viciado e não faz uso de substância entorpecente. A promotora de Justiça (Claudia Aparecida Jeck Garcia Nunes de Souza) e o defensor não lhe fizeram perguntas. (Todos os atos da audiência constam às Fls. 86 a 93 dos autos físicos).

Temos, portanto, os seguintes atores envolvidos neste processo: o acusado, Francisco Benedito de Souza, presidiário no Centro de Detenção provisória de Diadema (SP); a juíza do Juizado Criminal da Comarca de Diadema (SP), Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo; a Promotora de Justiça em atuação no mesmo juizado, Claudia Aparecida Jeck Garcia Nunes de Souza; e o Defensor Público Leandro de Castro Gomes. Em seguida, adentrarão à cena o Subprocurador no STF, os Ministros e os *amicus curiae*.

Durante uma vistoria de rotina, em 21 de julho de 2009, agentes penitenciários encontram uma porção de 3 gramas de maconha em um marmitex,<sup>46</sup> próximo a uma cama, e o denunciado teria assumido que a maconha era para seu uso pessoal. Em seguida, foi levado à Delegacia de Polícia para instauração do procedimento legal.

---

<sup>45</sup> Todas as peças desse processo estão disponíveis no Site do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 635.659. Relator: Min Gilmar Mendes: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145> Acesso em 17 jul. 2020.

<sup>46</sup> Segundo o Site [www.dicio.com.br](http://www.dicio.com.br), marmitex é a “Embalagem térmica e descartável através da qual é possível transportar comida; marmita. A refeição ou comida que se transporta por meio dessa embalagem ou marmita: hoje vou almoçar um marmitex”.

Em consequência, a Promotora de Justiça, Claudia Aparecida Jeck Garcia Nunes de Souza, ofereceu Denúncia acusando-o da prática do crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06. Foram arroladas como testemunhas os dois agentes penitenciários que teriam encontrado a maconha na cela. (fls. 60 e 61 dos autos físicos - 161.01.2009.018946-6/000000-0 – Juizado Especial Criminal de Diaedma – distribuído em 28 de julho de 2009).<sup>47</sup>

A Denúncia do Ministério Público limitou-se a narrar a versão dos agentes penitenciários e tipificar o fato como violação ao artigo 28, Lei 11.343/06, e “a condenação pelo crime que cometeu”.

A audiência foi realizada em 26 de fevereiro de 2010, presidida pela Juíza de Direito Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo. O acusado compareceu desacompanhado de advogado, sendo-lhe nomeado o Defensor Público Leandro de Castro Gomes. Durante a audiência, o acusado permaneceu algemado: “O(s) réu(s) permaneceu(eram) algemado(s), com a concordância das partes, e por não haver escolta suficiente, nesta Comarca, a fim de mantê-lo(s) sem algemas, nesta audiência”.

Interrogado, alegou que a maconha foi encontrada em sua cela e “como nenhum dos 33 detentos se manifestou quanto à propriedade da droga, ela ficou sob sua responsabilidade”. Alegou ainda que não é viciado e não faz uso de substância entorpecente. A promotora de Justiça (Claudia Aparecida Jeck Garcia Nunes de Souza) e o defensor não lhe fizeram perguntas. (Todos os atos da audiência constam às fls. 86 a 93 dos autos físicos).

A defesa preliminar foi oferecida nessa audiência, exatamente nesses termos: “MM” Juíza, o autor do fato nega o fato a ele imputado, o que será provado no decorrer da instrução criminal”. O defensor não arrolou testemunhas para serem ouvidas na audiência. Sendo assim, toda a instrução do processo se resumiu ao interrogatório do réu e oitiva de duas testemunhas, os mesmos agentes penitenciários que fizeram a apreensão da maconha na cela.

Em seguida, a Promotora de Justiça, em alegações finais, defendeu a condenação do acusado nos seguintes termos:

FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA foi denunciado como incurso no art. 28, "caput", da lei nº 11343/06, conforme os fatos descritos na exordial de fls. 59/61. A denúncia foi recebida nesta data após apresentação da defesa preliminar. Nesta oportunidade foram ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia, seguindo-se com o interrogatório do acusado. Ao término da

---

<sup>47</sup> Todas as peças desse processo estão disponíveis no Site do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 635.659. Relator: Min Gilmar mendes: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145> Acesso em 17 jul. 2020.

instrução, entendo que os fatos narrados na denúncia restaram perfeitamente comprovados. Autoria e materialidade delitivas estão evidenciadas diante de toda a prova coligida. A materialidade está comprovada pelo auto de exibição de fls. 04, no laudo de constatação preliminar de fls. 05 e no laudo de exame químico-toxicológico de fls. 45/46. A autoria também é indiscutível. Na fase extrajudicial, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, o acusado confessou a prática delitiva, declarando à autoridade policial que o invólucro de maconha encontrado no marmitex no interior da cela era de sua propriedade. Nesta data, o acusado negou os fatos descritos na denúncia, alegando que a maconha foi encontrada no interior do marmitex na cela e ele por estar acompanhando a visita teve que assumir a propriedade da droga. Todavia, a sua negativa não encontra respaldo nas provas carreadas aos autos e está totalmente isolada. Os agentes penitenciários que participaram da revista no interior da cela, confirmaram o encontro de um invólucro de maconha dentro de um marmitex e após retornarem todos os detentos para o interior da cela, questionaram a quem pertencia a droga, quando o acusado assumiu a propriedade da mesma, sem qualquer constrangimento. A confissão extrajudicial do acusado foi corroborada pelos depoimentos dos agentes conforme acima mencionado, o que autoriza um seguro decreto condenatório. Diante do exposto, requeiro seja julgada procedente a presente ação penal, condenando-se o acusado nos precisos termos da denúncia, devendo ser considerados os maus antecedentes do acusado demonstrados às fls. 70/73, bem como a reincidência demonstrada às fls. 39, sendo aplicada ao mesmo a pena de prestação de serviço à comunidade. Desde já concordo com a incineração da droga apreendida. Nada mais".

Em seguida, o Defensor Público nomeado para defender o acusado, ofereceu alegações finais nos seguintes termos:

"MM·Juiza, encerrada a instrução, a presente ação penal deve ser julgada improcedente. Inicialmente, impõe-se a absolvição do acusado diante da atipicidade do delito de porte para uso de drogas, eis que essa conduta não está eivada da necessária *lesividade*, necessária, segundo os princípios do direito penal, para que qualquer conduta seja considerada criminosa. Destarte, uma auto-lesão jamais poderá ser considerada fato criminoso, eis que ausente, na espécie, lesão a bem jurídico alheio. Exatamente por essas razões, a jurisprudência já começa a reconhecer a inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 28 da Lei 11343/2006, por ofensa à intimidade e vida privada. Corroborando essas alegações, imperioso alegar que recentemente, a Corte Constitucional Argentina reconhecer, em controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade de aludida incriminação, afastando-a do ordenamento jurídico *Hermano*, eis que ausente a necessária *validade* da lei (instituto diverso de *vigência*). Essa a primeira razão que leva à improcedência do pleito condenatório. Ademais, encerrada a instrução, tem-se a completa insuficiência do acervo probatório. A substância entorpecente foi encontrada dentro de um marmitex, sem qualquer identificação e dentro de uma cela ocupada por cerca de 33 presos. O acusado, ouvido em audiência, negou que a droga lhe pertencesse. Os agentes penitenciários ouvidos nada puderam acrescentar de concreto, eis que não viram a droga em poder do acusado, tampouco declinaram de quem pertenceria referida marmita. É cediço, ademais, que em estabelecimentos prisionais é corrente a prática do *laranja*, isto é, aquele que assume prática alheia para, com o perdão da informalidade, *livrar a cara de um colega*.

Diante desses elementos, não há como se reconhecer que foi provada, por juízo de certeza, a autoria do delito. Impositiva, também por essa via, a absolvição. No tocante à pena aplicada, caso seja considerada procedente a ação penal, pugna pela simples advertência, eis que o acusado já possui pena aplicada superior a 10 anos, o suficiente para que sejam alcançadas todas as "funções" da pena. Para quê incidir eventual prestação de serviços? Desnecessária. Nada mais".

Por fim, na mesma audiência, a Juíza Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo, prolatou a sentença:

VISTOS. FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, qualificado às fls. 02 está sendo processado como incurso no artigo 28, *caput*, da Lei 11343/06 porque no dia, hora e local descritos na denúncia de fls. 59/61, guardava em sua cela um invólucro de maconha, para consumo pessoal, sem autorização e em desacordo com a Lei, tratando-se de substância entorpecente que determina dependência física e psíquica. O réu foi citado às fls. 67. Nesta audiência, após defesa preliminar ofertada pelo douto Defensor Público nomeado, a denúncia foi recebida, passando-se à oitiva das testemunhas comuns e interrogatório do réu. Em debates, a Acusação pretende a procedência da ação conforme parecer supra, com o que discorda a Defesa, quem entende ser atípica a presente conduta e, no mérito, não haver prova suficiente de autoria. Subsidiariamente, pede seja aplicada apenas uma advertência. **É o breve relato. Passo a fundamentar e decidir.** Primeiramente, cumpre ressaltar que a conduta tem tela não é atípica e nem se trata de infração de menor potencial ofensivo, e sim, de ínfimo potencial ofensivo, onde se pune o porte de droga para uso próprio, não em função da proteção à saúde do agente, mas sim em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade. Por isso, face à atual disposição legal, não é mais razoável se afastar a tipicidade da conduta prevista no art. 28 da Lei anti-drogas, que até o presente momento, não foi declarada inconstitucional e, portanto, há que ser observada e cumprida, pelo menos a se aplicar uma sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico, evitando-se com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado. "Na jurisprudência: turma recursal JECRIM-DF: "Pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como leve (maconha), não implica necessariamente que o Juízo deva acatar o chamado - princípio da insignificância - em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independentemente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade" (Ap. 20050110008830, 1ª T. ReI. José Guilherme de Souza, 27/09/05, v.u. DJU 12/05/06 p. 143). No mérito a ação procede. Em sede policial (fls. 03) o réu confessou a propriedade do entorpecente, para uso próprio, localizado na cela que ocupava. Em Juízo, passou a dizer que o entorpecente não era seu, e que por acompanhar os policiais durante a revista na cela, e como nenhum dos demais detentos se manifestou quanto à propriedade da droga, ficou sob sua responsabilidade. Entretanto, isso não restou comprovado. Pelo contrário, os dois policiais afirmaram sempre que durante uma "blitz" localizaram uma porção de maconha dentro de um marmite e o réu assumiu a propriedade desta droga, não se recordando de ter sido ele quem os acompanhou durante a blitz, negando que ele tenha dito que assim agiu porque nenhum outro detento se manifestou ou porque foi sorteado para ser o "laranja", tendo que assumir a droga. Assim, diante do contexto probatório analisado, isto é, pela confissão extrajudicial do réu, corroborada pelos depoimentos dos dois policiais, e

diante da ausência de qualquer outra prova a indicar que o entorpecente pertencesse a outro detento, entendendo haver prova suficiente quanto á autoria delitiva, bem como no que tange à materialidade, que vem estampada ás fls. 04, com a apreensão da droga e pelos laudos de constatação (fls. 05) e o definitivo (fls. 46), ambos positivos para a maconha. Uma vez demonstradas autoria e materialidade, e afastadas as teses defensivas, passo à fixação da pena, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 da Lei Penal. O réu possui antecedentes criminais (fls. 43). Sua culpabilidade é de leve intensidade. Sua conduta social deve ser tida por consoante a moral média, ante a ausência de prova contrária. Atenta, ainda, aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, fixo a pena-base em 01 mês e 15 dias de prestação de serviços à comunidade, já que a advertência é muito pouco diante da personalidade do réu e nesta Comarca, infelizmente, ainda não existe programa ou curso educativo para que ele compareça, além de não se poder acolher tese Defensiva no sentido de que em virtude do acusado estar condenado a alguns anos de prisão, isso ser suficiente, já que as condenações se acumulam, e não se compensam. Por isso, diante da reincidência comprovada ás fls. 39, aumento a reprimenda, totalizando 02 meses de prestação de serviços à comunidade. Não há circunstâncias atenuantes a serem consideradas, e nem há causas de aumento ou diminuição de pena. O réu poderá apelar em liberdade, porque solto durante a instrução criminal, e diante do princípio da inocência. Posto isso, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, contra o réu FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, qualificado às fls. 02, como incurso no art. 28, *caput*, da Lei nº 11343/2006 e o faço para condená-lo à pena de 02 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades serão fixadas pelo Juízo da Execução, em conformidade com as vagas existentes. O réu pode apelar em liberdade. Com o trânsito em julgado desta sentença o réu terá seu nome lançado no Rol dos Culpados. Custas na forma da lei nº 11608/03, observado que foi assistido pela DPE. Publicada em audiência, saem os presentes cientes e intimados. Determino desde já a incineração do entorpecente apreendido.

Em suma, o fato teria acontecido em 21 de julho de 2009 e em 26 de fevereiro de 2010, durante uma audiência em que foram apenas ouvidos os agentes que participaram da vistoria e interrogado o réu, com Defensor Público nomeado, o réu foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 28, Lei 11.343/06.

**Em síntese podemos elencar as razões da acusação:**

- a) Posse de droga para consumo próprio;
- b) Substância entorpecente e psicotrópica sob controle especial da Portaria SVS/MS 344/98;
- c) Substância que causa dependência física ou psíquica;
- d) Violação do artigo 28, Lei 11.343/06;
- e) Condenação a pena restritiva de direitos.

Depreende-se, portanto, que a Denúncia do Ministério Público é extremamente legalista e punitivista, ou seja, se existe uma lei que define uma conduta típica, então deve ser aplicada e penalizado o agente que viola essa conduta.

**Razões da Defesa:**

- a) Absolvição do acusado diante da atipicidade do delito de porte para uso de drogas;
- b) Conduta não está eivada da necessária lesividade;
- c) A autolesão não é um fato criminoso, pois não fere bem jurídico alheio;
- d) A inconstitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06, por ofender os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada;
- e) No Direito Comparado, a Corte Constitucional Argentina reconheceu, em controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade de aludida incriminação, afastando-a do ordenamento jurídico;
- f) A precariedade da prova para condenação do acusado;
- g) Desnecessidade da pena de prestação de serviços à comunidade, visto que o acusado cumpre pena de mais de 10 anos (suficiente para que sejam alcançadas todas as "funções" da pena), sendo bastante a advertência.

O Defensor utilizou-se, inicialmente, de argumentos principiológicos constitucionais e processuais em defesa do acusado, bem como foi incisivo na precariedade da prova produzida em fase policial. Observe-se que a Promotora de Justiça, embora presente à audiência, não formulou perguntas às testemunhas e nem ao réu, omitindo-se de seu papel de órgão acusatório e fiscal da lei, e, por consequência, permitindo que a Juíza de Direito conduzisse a produção da prova na audiência. Embora pouco utilizada no Direito Brasileiro, o defensor buscou argumentos no Direito Comparado e questionou a função da pena, embora de forma superficial.

**Razões da condenação:**

- a) Tipicidade da conduta;
- b) Objetivo da punição não é proteção à saúde do agente, mas sim em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade;
- c) Constitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06, pois ainda não foi declarada inconstitucional e deve ser cumprida;
- d) Aplicação de pena amena, por menor que seja a quantidade de tóxico, evitando-se com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado;
- e) Afastamento do princípio da insignificância;

- f) Confissão extrajudicial, valoração do testemunho dos agentes policiais e falta de provas de que pertencesse a outro detento.

A decisão da magistrada defendeu de forma genérica e superficial a tipicidade da conduta e o argumento de que o bem jurídico violado no crime em espécie seria a saúde pública, deixando de fundamentar de qual forma o ato do agente usar uma substância psicoativa poderia causar danos à saúde pública. Com relação ao argumento da inconstitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06, suscitado na defesa de forma incidental, deveria a Juíza decidir fundamentadamente para o caso concreto, e não simplesmente remeter a decisão para outra instância. Também de forma genérica e sem fundamentação, a Juíza fez relação desconexa da necessidade punição amena para evitar que o acusado pudesse se tornar traficante ou viciado, embora estivesse preso cumprindo sentença condenatória. Por fim, a juíza valorou sobremaneira o depoimento e dois agentes penitenciários e, de outro, lado valorou o depoimento do acusado em Delegacia de Polícia, sem contraditório, em detrimento do seu depoimento na fase de instrução e protegido pelas garantias processuais, ou seja, como aferir qual o depoimento verdadeiro?

Como se vê, as razões da acusação são extremamente punitivistas, desprovidas de qualquer análise social da conduta de uma pessoa privada da liberdade e que em seu poder é encontrada pequena quantidade de maconha, ou seja, está na lei e deve ser punido. De sua vez, a defesa apresenta teses jurídicas a respeito da atipicidade de uma conduta que não resulta em prejuízo a bem jurídico alheio e a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de dispositivo legal na análise de um caso concreto. A sentença condenatória, por fim, rechaça as teses da defesa e alinha-se às razões da acusação, utilizando-se de argumentos abstratos e sem fundamentação, ou seja, a proteção do acusado para não se tornar dependente ou traficante, a proteção da coletividade, a pena como prevenção especial e o não enfrentamento do debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, sob o frágil argumento de que essa inconstitucionalidade ainda não foi declarada, esquivando-se de analisar o argumento defensivo em controle difuso de constitucionalidade, o que lhe permite a Constituição da República.

A tabela a seguir, considerando apenas a fase inicial do processo no Juizado Especial Criminal, resume as razões apresentadas pela acusação, defesa e sentença condenatória.

<b>Denúncia do Ministério Público</b>	<b>Defesa oral em audiência</b>	<b>Sentença condenatória</b>
Tipicidade da conduta	Atipicidade da conduta	Tipicidade da conduta
Substância entorpecente e psicotrópica sob controle especial da Portaria SVS/MS 344/98.	Não há lesividade na conduta e não fere bem jurídico alheio.	Necessidade de punição em razão do mal geral que pode causar à coletividade.
Causa dependência física ou psíquica.	Autolesão não é crime.	Proteção do acusado para não se tornar traficante ou viciado.
Violação do artigo 28, Lei 11.343/06.	Inconstitucionalidade do dispositivo.	Constitucionalidade não declarada do artigo 28, Lei 11.343/06.
Condenação a pena restritiva de direitos.	Inaplicabilidade de pena.	Pena como prevenção especial: não voltar a delinquir.

Tabela 2 – Razões da acusação, defesa e condenação

## 7.2. A fase recursal

Em resposta à condenação, em 22 de março de 2010, o Defensor Público apresentou Recurso de Apelação dirigido à Turma Recursal. Em suas razões, o Defensor Público basicamente repetiu, com mais fundamentos, as razões já apresentadas na audiência, ou seja, atipicidade e ausência de lesividade na conduta e a inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da intimidade e da vida privada, além da insuficiência probatória. (fls. 110 a 117 dos autos físicos).

Em contrarrazões, a Promotora de Justiça também manteve a linha de argumentação, ou seja, a constitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06, e a prova da materialidade e autoria do crime, requerendo a manutenção da condenação. (fls. 119 a 135 dos autos físicos).

Em síntese, depreende-se desses dados que a acusação é fundamentada pelo argumento estritamente legal, ou seja, a lei como fonte definitiva e exclusiva do direito. De outro lado, a defesa é fundamentada em princípios constitucionais e adota uma hermenêutica absolutamente voltada para a principiologia constitucional. Por fim, a condenação acolhe as razões da acusação e se esquiva de adentrar ao debate principiológico, sob argumento puro e simples de que a inconstitucionalidade do artigo não foi ainda declarada, esquecendo que poderia exercer ali mesmo o controle difuso da constitucionalidade para o caso específico.

O Recurso de Apelação foi apreciado pela Turma Recursal em 8 de junho de 2010 e negado provimento, ou seja, foi mantida a sentença da Juíza do Juizado Especial Criminal de Diadema, seguindo a Turma Recursal o voto do Relator, Juiz Helmer Augusto Toqueton Amaral.

Em seu voto, o Relator rechaçou a tese da inconstitucionalidade do artigo 28, Lei 11343/06 e que a juíza sentenciante baseou-se em provas para condenar. (fls. 141 e 142 dos autos físicos).

Em síntese:

<b>Apelação da Defensoria Pública</b>	<b>Contrarrazões do Ministério Público</b>	<b>Acórdão do TJSP</b>
Atipicidade, ausência de lesividade na conduta e a inconstitucionalidade por ofensa à intimidade e vida privada, além da insuficiência probatória. (fls. 110 a 117 dos autos físicos).	Constitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06, e a prova da materialidade e autoria do crime, requerendo a manutenção da condenação. (fls. 119 a 135 dos autos físicos).	Constitucionalidade do Artigo 28, Lei 11.343/06 e tipicidade da conduta. (fls. 141 e 142 dos autos físicos).

Prosseguindo em defesa de sua tese, em 09 de agosto de 2010, a Defensoria Pública protocolou o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Mantendo as alegações inicialmente expostas perante o Juizado Especial Criminal de Diadema, o Defensor Público alegou acerca do cabimento do Recurso Extraordinário, o prequestionamento da matéria constitucional e o preenchimento dos requisitos para a repercussão geral. Em seguida, abordou os fatos e os fundamentos jurídicos, concluindo o pedido pelo “reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada e declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a consequente reforma do acórdão”. (fls. 144 a 164 dos autos físicos).

Assim, considerando a tramitação do processo desde a sentença condenatória perante o Juizado Especial Criminal de Diadema até o acórdão do TJSP, que deu improvimento ao recurso e manteve a sentença, percebe-se que há congruência entre a acusação do Ministério Público e a sentença condenatória, divergindo da tese defensiva de atipicidade da conduta e inconstitucionalidade do dispositivo em foi enquadrado o acusado.

Em síntese:

<b>ACUSAÇÃO COSTITUCIONALIDADE</b>	<b>DEFESA INCONSTITUCIONALIDADE</b>
--	---

Inconstitucionalidade não declarada do artigo 28, Lei 11.343/06, pelo STF.	Inconstitucionalidade por ofensa às garantias da inviolabilidade da intimidade e vida privada.
Tipicidade da conduta por violação ao disposto em legislação vigente, artigo 28, Lei nº 11.343/06.	Atipicidade por ausência de lesividade na conduta.
Posse de substância entorpecente e psicotrópica sob controle especial da Portaria SVS/MS 344/98.	O uso de substância entorpecente não fere bem jurídico alheio.
Substância que causa dependência física ou psíquica.	A autolesão não é punível pelo Direito Penal Brasileiro e não configura crime.
Necessidade de punição em razão do mal geral que pode causar à coletividade.	Inaplicabilidade de pena restritiva de direitos por motivo da atipicidade da conduta
Proteção do acusado para não se tornar traficante ou viciado e pena como prevenção especial: não voltar a delinquir.	Os princípios constitucionais protegem o indivíduo perante o Estado.

### 7.3. A tramitação do Recurso Extraordinário no STF

O Recurso Extraordinário ainda tramita no Supremo Tribunal Federal sob nº 635.659, registrado em 22/11/2011, sendo Relator o Ministro Gilmar Mendes. Inicialmente, o processo foi encaminhado à Procuradoria Geral da República para emitir parecer, o que foi feito em 31 de maio de 2011 pelo Subprocurador Wagner Gonçalves. Em seu parecer, em 04 laudas, sendo quase duas laudas destinadas ao relatório, o procurador alegou, sucintamente, que a tese da inconstitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06, não se sustenta, visto que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e que “O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo”, citando ainda a doutrina de Vicente Greco Filho e jurisprudência no mesmo sentido.

No capítulo seguinte, vamos analisar com mais profundidade os fundamentos desses argumentos, bem como os votos dos Ministros Gilmar Mendes (pelo provimento), Edson Fachin e Luís Roberto Barroso (provimento em parte), além dos argumentos de dois *amicus curiae*, admitidos no processo.

#### 7.3.1 O voto Ministro Gilmar Mendes

Como vimos, o Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria Pública de Diadema (SP) tem como requerimento principal o “reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada e declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a consequente reforma do acórdão”. (fls. 144 a 164 dos autos físicos).

O Recurso foi distribuído sob número RE 635.659, em 22/02/2011, cabendo a relatoria ao Ministro Gilmar Mendes. Depois de reconhecida a repercussão geral e admitidos *amicus curiae*, o relator apresentou seu voto ao plenário em 20/08/2015, em 56 laudas.

Pode-se dizer, sem embargo, que o fundamento teórico principal do voto do Ministro Gilmar Mendes é baseado na tese da Corte Constitucional Alemã, no caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 *BVerfGE* 50, 290), que distinguiu três graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

Importa também destacar que o voto do ministro Gilmar Mendes fez referência a estudos de pesquisadores brasileiros, a saber:

- BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República. <sup>48</sup>

- JESUS, Maria Gorete Marques, OI, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeu da, *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. <sup>49</sup>

- MARCELO CAMPOS e RODOLFO VALENTE (Boletim, IBCRIM, outubro/2012, p. 3. <sup>50</sup>

Com relação à teoria alemã, o Ministro Gilmar Mendes observou que no primeiro nível (controle de evidência),

O controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental.

No segundo nível (controle de justificabilidade), continua o Ministro:

<sup>48</sup> <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/197/186> Acesso em 18 nov. 2021.

<sup>49</sup> <https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/> Acesso em 18 nov. 2021.

<sup>50</sup> [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635659-pelo-fim-da-guerra-as-drogas](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635659-pelo-fim-da-guerra-as-drogas) Acesso em 18 nov. 2021.

No segundo nível, o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis (*BVerfGE* 50, 290).

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma. Enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de maneira sustentável.

Por fim, no terceiro nível, (controle material de intensidade), conclui o Ministro:

No terceiro nível, o controle material de intensidade aplica-se às intervenções legislativas que, a exemplo das leis penais, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal.

Nesse terceiro nível, o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes.

O controle, aqui, há de ser mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação realizada pelo legislador. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar, dessa forma, do possível equilíbrio entre o significado da intervenção e os objetivos perseguidos (proporcionalidade em sentido estrito).

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes tece comentários acerca dos crimes de perigo abstrato, destacando que o principal argumento em favor da criminalização das condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas refere-se ao dano à saúde e segurança públicas, mas ressalta que esses tipos abstratos, baseado em dados empíricos, “descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer”.

Feitas essas considerações teóricas, continuando seu voto, o Ministro Gilmar Mendes adentra à discussão sobre as políticas regulatórias sobre a posse de drogas para consumo pessoal. Inicialmente, o relator conceitua a “proibição” como sendo o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas; a “despenalização” como a exclusão da pena privativa de liberdade em relação à conduta de posse para uso pessoal; “descriminalização” como sendo a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal, que não significa ainda a legalização. Por fim, traz à lume programas atuais que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do

uso de drogas, que são as denominadas política de “redução de danos e de prevenção de riscos”.

Após, o relator retoma os conceitos da teoria alemã para concluir, em relação ao “controle de evidência” que:

É inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

Com relação ao “controle de justificabilidade”, também conclui o relator que apesar da política de “guerra às drogas”, “não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas”.

Por fim, com relação ao “controle material de intensidade”, relembra o relator que se impõe observar “se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental mostra-se necessária, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes”, considerando-se tratar-se de conduta que causaria, quando muito, danos apenas ao usuário, caracterizando o conflito entre o direito coletivo à saúde e segurança públicas versus o direito à intimidade e a vida privada do usuário.

O encaminhamento sugerido pelo relator seria examinar se essa proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa às garantias individuais.

Nessa análise, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o relator afirma que “Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem” e que, portanto, a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações, bem como ofende a privacidade e intimidade do usuário.

Finalizando, o Ministro Gilmar Mendes defende, como alternativas à criminalização a definição de critérios objetivos relacionados à quantidade e natureza da droga para diferenciação do tráfico do consumo pessoal, aplicando-se apenas sanções administrativas e descriminalizando essa última conduta, a exemplo de países como Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros.

Defende também o relator a apresentação do preso por tráfico ao juiz competente, curto espaço de tempo, afastando a possibilidade de prisão em flagrante, “para que o magistrado

possa avaliar as condições em que foi realizada a prisão e se é de fato imprescindível a sua conversão em prisão preventiva”, ressaltando que já medida incorporada ao direito interno por força do art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica.

O dispositivo do relatório declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, afastando do referido dispositivo “ todo e qualquer efeito de natureza penal”; conferiu a interpretação conforme a Constituição ao art. 48, §§1º e 2º, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 50, caput, da Lei 11.343/06, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz; absolveu o acusado, por atipicidade da conduta e, por fim determinou ao Conselho Nacional de Justiça as seguintes providências:

**a)** Diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar;

**b)** Articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

**c)** Regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com o respectivo monitoramento;

**d)** Apresentar a esta Corte, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação.

Em resumo, o Ministro Gilmar Mendes acolheu os argumentos do Recurso Extraordinário com relação à inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, absolvendo o acusado por atipicidade da conduta, além ao conferir, como corolário de sua decisão, interpretação conforme à Constituição de outros dispositivos da Lei nº 11.343/06.

Questionável as determinações ao Conselho Nacional de Justiça, visto que as medidas não são objeto do Recurso Extraordinário e, por evidente, não poderiam ser objeto de deliberação por parte do Relator. Ressalte-se, no entanto, que são medidas de extrema importância e a determinação de regulamentação de apresentação do preso ao juiz já foi objeto da Resolução CNJ nº 213/2015 e, posteriormente, da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que tornou obrigatória a realização da audiência de custódia.

### 7.3.2 O voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin, após pedido de vistas foi o segundo a votar. Inicialmente, fez breve relatório do processo e do voto do relator. Em seguida, manifestou sua cautela com relação ao tema e adiantou que seu voto seria restrito à substância objeto do recurso, ou seja, à maconha.

“Não obstante, quando se está diante de um tema de natureza penal, é prudente judiciousa autocontenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente. Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade. É a este caso e à substância objeto do presente recurso (maconha), portanto, que me concentrarei.

Em seguida, sem apresentar a fonte, assevera que o consumo de drogas pode acarretar “sérios transtornos e danos físicos e psíquicos, eventualmente até mesmo a morte de quem as consome”. Além disso, também faz relação, mais uma vez sem referência da fonte, da associação do consumo de drogas a cometimento de delitos para manutenção do vício. Com ênfase, sem fundamento teórico ou doutrinário, repete: “A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante. Repito: a dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante”.

Em seguida, agora fazendo referência a Carlos Santiago Nino,<sup>51</sup> reporta-se a três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento (i) perfeccionista, um argumento (ii) paternalista e, por fim, um argumento de (iii) defesa da sociedade. O argumento perfeccionista estaria relacionado ao tratamento penal do consumo

---

<sup>51</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423.

baseado na reprovabilidade moral dessa conduta, ou seja, o uso de drogas é um comportamento moralmente reprovável e, por isso mesmo, deve ser combatido por meio de uma resposta penal do Estado. O argumento paternalista se justifica no tratamento penal do consumo baseado na reprovação, desincentivo e prevenção geral, ou seja, proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas. Por fim, o argumento de defesa da sociedade seria justificado pelo tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos, incluindo a instituição família, que podem sofrer os efeitos ou consequências dos atos de usuários de drogas.

O Ministro Edson Fachin, corroborando com o autor citado, questiona esses argumentos e interroga sobre o papel do Estado, ao invés da punição, sobre a importância de campanhas educativas e de prevenção e políticas públicas de atenção e cuidado aos usuários de drogas, relegando a reprovação penal da conduta. Além disso, o Direito Penal já oferece as sanções penais para as condutas excessivas dos usuários, a exemplo do furto e roubo, visto que o uso de drogas, por si só, não causa mal aos demais cidadãos.

Sendo assim, prossegue o Ministro Fachin, citando Carlos Nino Santiago, “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”.

Feita a crítica, fundada no citado autor, o Ministro Fachin conclui que o artigo 28 da Lei 11.343/06, ao criminalizar o uso e posse de drogas ilícitas, resulta em pelo menos duas rotas de tensão e colisão:

- a) Confrontam-se a técnica de incriminação por meio dos "crimes de perigo abstrato" e o princípio da ofensividade;
- b) Confrontam-se uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Em consequência, nesta compreensão, segundo o Ministro Edson Fachin, o parâmetro para avaliação da constitucionalidade da posse de drogas para consumo pessoal passaria pela eventual ofensividade do bem jurídico protegido, ou seja, se a ofensividade tem matriz constitucional.

Nesse sentido, antevê que a criminalização da conduta de uso pessoal situa-se na “tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato”, visto que a posse incide em condição da pessoa e a principiologia constitucional que não autoriza a penalização da

personalidade. Vê-se que o eminente Ministro aponta com propriedade o cerne da questão proposta no Recurso Extraordinário: o conflito entre o princípio constitucional da inviolabilidade dos direitos de personalidade e a penalização da conduta de uso pessoal. Sendo assim, continua o Ministro Fachin, a delimitação de restrição à autonomia seria o princípio da ofensividade, ou seja, somente em havendo dano é que haveria a possibilidade da coerção e sanção penal, mas, mesmo assim, a restrição na autonomia dos cidadãos passaria ainda pela adequação da proporcionalidade.

Busca o Ministro Fachin em Claus Roxin as incriminações que seriam ilegítimas para justificar sua posição de não coerção, mas de considerar o usuário como alguém que precisa de ajuda para se livrar do “poder criminoso da dependência”. Segundo Claus Roxin, citado no voto, seriam ilegítimas as incriminações de “motivações ideológicas, autolesão, tabus, fins extrapenais e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos”.<sup>52</sup>

Por este caminho, do dependente como carecedor de ajuda, o Ministro traz à tona os conceitos de “dever de cuidado” e de “homem prudente”:

O conceito de homem prudente, construído como modelo para determinar lesões do dever de cuidado ou do risco permitido, é um referencial valioso para definir a natureza de comportamentos humanos. Um homem prudente é capaz de reconhecer e avaliar situações de perigo para bens jurídicos protegidos, mediante observação das condições de realização da ação e reflexão sobre os processos subjacentes de criação e de realização do perigo: por exemplo, um motorista prudente pode prever a possibilidade de crianças, pedestres desatentos ou pessoas idosas ou deficientes ingressarem, inesperadamente, na pista de rolamento das vias urbanas, e agir em conformidade com essa previsão. Esse modelo é construído perguntando-se como agiria, na situação concreta, um homem prudente pertencente ao círculo de relações do autor e dotado dos conhecimentos especiais deste (por exemplo, sobre os perigos de determinado cruzamento, ou sobre a presença de escolar na rua, em determinados locais e horários etc.): se a construída ação do modelo divergir da ação real, existe lesão do dever de cuidado ou do risco permitido” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 102-103).

Nesta compreensão, importa para o Ministro Fachin, sobre a constitucionalidade de tipos perigo abstrato, não a potencialidade de ofensa a um bem jurídico, mas a adequação da imposição do dever de cuidado à vista da experiência comum. Em consequência dessa visão, o “o dependente é vítima e não criminoso germinal”. Por isso mesmo, na visão do Ministro, “o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente” e merecedor dos

---

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratórios dogmáticos? Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007).

cuidados do Estado para a superação do vício. Nota-se, portanto, que o eminente Ministro, deixando de lado o debate acerca da constitucionalidade de dispositivo legal, baseado nos princípios constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade, conforme requerido no Recurso Extraordinário, carrega o debate para um enfoque médico/sanitário, que não é objeto da demanda.

No mesmo equívoco, sem referência a qualquer teoria ou pesquisa, assevera que o apesar da autodeterminação do usuário, mesmo que reflexamente, é ele que fomenta o tráfico. Esta é uma afirmação que carece de fundamentação, visto que esse mecanicismo é difícil de se comprovar, tendo em vista a complexidade do fenômeno das drogas e, mais recentemente, os resultados das pesquisas em países que legalizaram a maconha para o uso recreativo, notando-se que a legalização não importou no aumento significativo de usuários.

Aproximando-se da conclusão do voto, o Ministro Fachin, assevera que, de fato, não cabe ao STF preencher o vazio normativo, visto ser esta uma tarefa do legislativo para estabelecer parâmetros objetivos de natureza e quantidade que possibilitem a diferenciação entre uso pessoal e tráfico. Enquanto isso, defende o Ministro que órgãos do Executivo, a exemplo da SENAD (Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas) e do CNPCP (Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias), regulamentem provisoriamente esses parâmetros objetivos.

Por fim, o Ministro Edson Fachin votou pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos:

- (i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;
- (ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;
- (iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígdas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;

(iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto;

(v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

(vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.

### **7.3.3 O voto do Ministro Luís Roberto Barroso**

O Ministro Luís Roberto Barroso foi o terceiro a votar. A exemplo do Ministro Fachin, o Ministro Barroso introduziu o voto observando que seu voto terá com referência o caso concreto, ou seja, o consumo de 3 gramas de maconha, fazendo questão de observar que não se trata de legalização do consumo de maconha, mas de descriminalização do uso, conforme anotou o eminente Ministro:

A discussão no presente processo diz respeito à descriminalização, e não à legalização. Vale dizer: o consumo de maconha ou de qualquer outra droga continuará a ser ilícito. O debate é saber se o Direito vai reagir com medidas penais ou com outros instrumentos, como, por exemplo, sanções administrativas. Isto inclui a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc.

Ora, trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria Pública de Diadema (SP) tem como requerimento principal o “reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada e declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a consequente reforma do acórdão”. (fls. 144 a 164 dos autos físicos). Esse Recurso foi distribuído sob número RE 635.659, em 22/02/2011, cabendo a relatoria ao Ministro Gilmar Mendes.

O objeto do Recurso Extraordinário, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal, em sua competência original, decida se determinado dispositivo legal é ou não constitucional. No caso específico, o requerimento é pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 28, lei 11343/06. Não é objeto do pedido, por evidente, que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre a legalidade da posse de 3 gramas de maconha, mas se é constitucional o dispositivo que tipifica essa conduta à luz dos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas.

O voto do eminente Ministro Barroso está em organizado em uma introdução, depois um capítulo acerca da interpretação constitucional, premissas fáticas e filosóficas, razões pragmáticas para a descriminalização, informações sobre a legalização em outros países, fundamentos jurídicos para a descriminalização, necessidade de um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir consumo pessoal de tráfico, contestação dos argumentos contrários e a conclusão pela inconstitucionalidade do dispositivo, mas limitado ao porte de 25 gramas de maconha e seis plantas fêmeas.

Eis a ementa proposta pelo Ministro Barroso:

***Ementa:*** DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.
2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.
3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.

5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de *Cannabis*. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.

6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.

7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”*

Observe-se, por fim, que se trata de “anotações para o voto oral”, mas que conta com uma proposta de ementa em que o Ministro Barroso deixa explícita sua posição em favor da inconstitucionalidade do dispositivo legal em apreço, mas limitando-se ao porte de maconha.

Diferentemente dos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, o Ministro Luís Roberto Barroso não fez referências a doutrinadores constitucionalistas ou referencial teórico para embasar seu voto oral.

Em resumo:

<b>Ministros</b>	<b>Ministro Gilmar Mendes</b>	<b>Ministro Edson Fachin</b>	<b>Ministro Luís Roberto Barroso</b>
<b>Argumentos</b>			
Procedência do Recurso Extraordinário.	✓	✓	✓
Referencial teórico e doutrinário	✓	✓	✗
Absolvição do acusado condenado pelo juizado criminal da Comarca de Diadema (SP).	✓	✓	✓
Redução do texto da lei (art.28, lei 11.343/06).	✗	✗	✗
Interpretação do texto da lei conforme a Constituição.	✓	✓	✓
A interpretação pela inconstitucionalidade atinge todos os tipos de drogas.	✓	✗	✗
A nova interpretação limita-se ao porte de maconha para uso pessoal.	✗	✓	✓
Nova política criminal com campanhas preventivas, educativas e cuidados com dependentes.	✓	✓	✓

Tabela 4 – Comparativo dos votos dos Ministros do STF

#### 7.4. Amicus Curiae contra e a favor da inconstitucionalidade

Diz-se que o “amicus curiae” é o amigo da corte para auxiliar o julgador em matérias que fogem da sua competência de jurista. No ordenamento brasileiro, a definição consta do artigo 138, do Código de Processo Civil:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

No Recurso Extraordinário nº 635.659, várias entidades e instituições se habilitaram como “amicus curiae”, uns a favor e outros contra a inconstitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06.

Considerando as instâncias judiciais e “amicus curiae”, podemos perceber a existência de dois posicionamentos bem nítidos: a defesa da inconstitucionalidade do dispositivo (Discurso A) e a defesa da constitucionalidade (Discurso B).

Defendem a inconstitucionalidade (Discurso A): Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM), Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), Associação Brasileira de Estudos Sociais do uso de psicoativos (ABESUP), Conselho Federal de Psicologia (CFP), Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária – Em litisconsórcio, Growroom.Net, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDD) e Viva Rio e Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD). Desses, quatro apresentaram razões por escrito quando do pedido de habilitação como “amicus curiae”: CFP, IBCCRIM, IDD e o litisconsórcio formado por Conectas Direitos Humanos e outras entidades.

Defendem a constitucionalidade (Discurso B): Ministério Público de Diadema (SP), Juizado Especial Criminal de Diadema (SP), Tribunal de Justiça da São Paulo, Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e Federação de Amor Exigente (FEAE) – Em litisconsórcio, e Associação dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV). Desses, apenas a ADEPOL/Brasil apresentou razões por escrito quando do pedido de habilitação como “amicus curiae”.

Os argumentos do primeiro discurso estão contidos no que chamamos de (i) razões da defesa; (i) razões da apelação e (iii) razões apresentadas no Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF), sendo o primeiro em primeira instância, o segundo terceiro em instâncias superiores. Além desses, contabiliza para o Discurso A os argumentos dos “amicus curiae” que apresentaram razões por escrito, conforme informado acima.

Os argumentos do segundo discurso estão contidos no que chamamos de (i) razões da acusação e (ii) razões da condenação em primeira instância, (iii); contrarrazões da acusação

em resposta ao recurso de apelação; (iv) parecer do procurador e, por fim, (v) razões da condenação na apelação em segunda instância. Além desses, contabiliza para o Discurso B as alegações por escrito da ADEPOL/Brasil.

As razões do IBCCRIM serão objetos de análise específica e as demais entidades, em síntese, apresentaram argumentos que entendemos plenamente contemplados pelo IBCCRIM.

O Conselho Federal de Psicologia (CFP) ofereceu alegações por escrito quando do pedido de habilitação como “amicus curiae”. Alegou, no mérito, que a ação deve ser julgada procedente para que se declare a inconstitucionalidade do dispositivo, com fundamento na Constituição Federal, e que esta é uma posição construída democraticamente nos Congressos Nacionais de Psicologia. Além disso, teceu críticas ao proibicionismo, à atual política de “guerra às drogas” e citou referências técnicas sobre a questão.

O litisconsórcio formado por Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e Pastoral Carcerária também apresentou alegações por escrito. Em síntese, defendeu a inconstitucionalidade do dispositivo, apresentou breve esboço sobre a criminalização do consumo de drogas no Brasil, criticou a atual política de “guerra às drogas”, acrescentando o princípio da proporcionalidade àqueles que fundamentam o pedido inicial: inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Por último, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) apresentou alegações por escrito e defendeu a inconstitucionalidade de dispositivo por violação aos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além da necessidade de uma interpretação conforme à Constituição.

Em síntese:

#### AMICUS CURIAE ADMITIDOS

<b>Amicus Curiae</b>	<b>Posicionamento</b>	<b>Alegações por escrito</b>
Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT	Inconstitucional	Não
Associação Brasileira de Estudos Sociais do uso de psicoativos (ABESUP)	Inconstitucional	Não
Conselho Federal de Psicologia - CFP	Inconstitucional	Sim
Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária <sup>53</sup>	Inconstitucional	Sim
Growroom.Net	Inconstitucional	Não

<sup>53</sup> Em litisconsórcio

Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDD)	Inconstitucional	Sim
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)	Inconstitucional	Sim
Viva Rio e Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD)	Inconstitucional	Não
Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil)	Constitucional	Sim
Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES) e Federação de Amor Exigente (FEAE) <sup>54</sup>	Constitucional	Não
Associação dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV)	Constitucional	Não

Sendo assim, temos para análise as razões da Defensoria Pública de São Paulo, do Ministério Público, da magistrada de primeiro grau, dos desembargadores do TJSP, dos Ministros do STF que já apresentaram seus votos (Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso) e dos “amicus curiae” que já apresentaram suas razões no Recurso Extraordinário nº 635.659. Para evitar a desproporcionalidade das análises dos “amicus curiae”, considerando que apenas um apresentou alegações por escrito em defesa da constitucionalidade, restringimos a análise de apenas um “amicus curiae” pela inconstitucionalidade e outro pela constitucionalidade, a saber: o IBCCRIM e a ADEPOL/Brasil, respectivamente,

#### **7.4.1 As razões do IBCCRIM**

Em extensa petição composta por 37 páginas, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), depois de habilitada nos autos como “amicus curiae”, ofereceu memorial defendendo a inconstitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06.

De início, defendeu a legitimidade para ingressar no processo como “amicus curiae”. Em seguida, fez uma breve digressão a respeito das drogas e da política de drogas, criticando o proibicionismo resultante da política de guerra às drogas: “Além de não ter reduzido

---

<sup>54</sup> Em litisconsórcio

demanda e oferta de drogas ilegais, o proibicionismo causou inúmeros males, dentre os quais encarceramento em massa, violência – ínsita ao modelo bélico – e corrupção”.

Em seguida, abordou sobre as diversas iniciativas de buscas de alternativas ao modelo atual, a exemplo da Holanda (final dos anos 70), que possibilita a venda e o uso a pessoas maiores em “coffee shops”; a iniciativa da Comissão Latinoamericana Drogas e Democracia (2009), composta por ex-presidentes de países da região, que sugeriu “*acabar com a criminalização, a marginalização e a estigmatização das pessoas que usam drogas mas que não causam nenhum dano a outros*”; o caso de Portugal (2001) que aprovou reforma legislativa, passando a considerar o porte de drogas para consumo pessoal como infração e a previsão de sanção administrativa acompanhada de indicação para o acolhimento por parte de Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, tornando-se atualmente um exemplo de iniciativa que passou a tratar o problema fora do Direito penal; os casos do México e República Tcheca (2009 e 2010), que estabeleceu critérios objetivos para definir a quantidade de drogas em casos de porte para consumo pessoal e descriminalização da conduta; o caso do Uruguai (2012), que descriminalizou a posse de maconha para consumo pessoal e passou ao controle do Estado a distribuição e comercialização da droga; no âmbito judicial, as decisões (2009) das cortes supremas da Argentina e Colômbia, que declaram a inconstitucionalidade dos dispositivos de suas legislações que criminalizavam a conduta do uso pessoal; os plebiscitos em Estados dos Estados Unidos, que legalizaram o consumo de maconha para uso recreativo<sup>55</sup> e, por fim, no Brasil, a referência ao Anteprojeto de Código Penal, elaborado por uma comissão de juristas indicados pelo Senado Federal, que prevê a abolição do crime do porte de drogas para consumo pessoal.

Em seguida, a petição do IBCCRIM discorre sobre a Constituição, direito penal e ofensividade, esta última hipótese como limites para a atuação do Direito Penal:

Entre os limites que conformam a atuação do direito penal encontra-se o princípio da ofensividade, também chamado de princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ou ainda princípio da lesividade, segundo o qual a função do controle social penal é a de tutelar os bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais intoleráveis.

Continuando, a petição destaca capítulo para a questão do consumo pessoal e saúde pública, defendendo enfaticamente que o consumo individual de drogas não viola bens jurídicos de terceiro ou a saúde pública, sendo uma conduta privada e não pode ser objeto de

---

<sup>55</sup> Essa parte da petição do IBCCRIM necessita de atualização, pois desde então outros estados promoveram plebiscitos e a população aprovou o uso de maconha para fins recreativos.

criminalização, sob pena de violação dos princípios constitucionais da liberdade individual, intimidade e vida privada. Trata-se, portanto de autolesão, conduta que não é punida pelo Direito Penal brasileiro. Logo, não é razoável punir a vítima à guisa de protegê-la, visto que condutas auto lesivas representam uma pretensão legítima que o autor tem contra si mesmo.

Por fim, a petição aborda a impossibilidade de incriminação do porte de drogas para consumo pessoal no âmbito do domicílio. Argumenta que ainda que se admita a possibilidade de a conduta caracterizar algum tipo de risco à saúde pública, deve se restringir a proibição aos casos do porte de drogas em local público, visto que a posse de droga no “âmbito inexpugnável da privacidade, é fato atípico”.

Percebe-se, portanto, que se trata de uma manifestação extremamente técnica e informativa. Traça com objetividade a discussão constitucional acerca da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como informa sobre o andamento deste debate em outros países do mundo, inclusive com relação à legalização da maconha para uso recreativo pela via legislativa e por decisões judiciais.

A conclusão do IBCCRIM:

Além de não haver demonstração de que maior repressão implique menos consumo – a realidade demonstra justamente o oposto –, a ameaça de pena no caso das drogas (ainda que alternativas à prisão) é político-criminalmente inoperante, inexistindo sentido preventivo ou repressivo.

E mais: por que incriminar o que não deve ser criminalizado?

Ora, quando o legislador prevê, abstratamente, para condutas que deveriam ser sérias e que mereceriam a intervenção penal, a *pena* de advertência – que é a que será suficiente para o geral dos casos em que o autor do fato seja primário – e para o seu descumprimento a *pena* de admoestação, impõe-se reconhecer que tais condutas não têm a gravidade que reclama a intervenção do direito penal.

Contando ainda com os doutos subsídios que serão trazidos à colação por Vossa Excelência e pelos demais ilustres componentes do Plenário dessa e. Corte, aguarda o IBCCRIM o provimento do recurso extraordinário em tela, a fim de que o art. 28 da Lei n.º 11.343/06 seja declarado inconstitucional. (Petição nos autos processuais).

#### **7.4.2 As razões dos Delegados**

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL) habilitou-se como “amicus curiae” no RE nº 635.659, pedido deferido pelo Relator, e na mesma oportunidade apresentou razões de mérito em defesa da constitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06.

Importante ressaltar que a ADEPOL/BRASIL foi a única entidade a apresentar razões de mérito em favor da constitucionalidade do dispositivo em questão.

A petição é composta de 07 (sete) páginas e mais da metade delas é para relatar o caso e justificar a legitimidade da associação para integrar a lide como “amicus curiae”. Alega o advogado, sem nenhuma base científica ou teórica, que “é de sabença comum que descriminalizar o uso das drogas é fazer o consumo crescer. E mais usuários significarão mais traficantes de drogas e armas pesadas”.

Prosseguindo, mais uma vez sem lastro científico algum, defende que “a droga é uma das maiores raízes atuais da violência”. E conclui de forma catastrófica: “o uso eventual e o vício das drogas tem força suficiente para desestabilizar o sistema vigente”.

Em seguida, em breves citações, ressalta a doutrina de Fernando Capez, Paulo Rangel, Carlos Bacila e Vicente Greco Filho. Por fim, cita jurisprudência antiga do próprio Supremo Tribunal Federal e requer sua admissão como “amicus curiae” e o desprovimento do recurso.

Como se vê, é a defesa pura e simples da constitucionalidade do dispositivo sem fundamentação teórica e baseada em citações do senso comum, sem base científica ou comprovação das afirmações de que descriminalizar faz aumentar o consumo, que o uso de drogas é causa da violência e que o vício tem força para desestabilizar o sistema.

A petição pouco argumenta acerca da constitucionalidade do dispositivo, limitando-se a transcrever o parecer do Ministério Público e, em poucas linhas, defende que direitos e garantias constitucionais não são absolutos “não sendo admissível que o direito à intimidade, bem como à vida privada, fique acima do interesse coletivo de proteção à saúde pública”.

Do exposto, podemos resumir as razões e argumentos dos dois amicus curiae da seguinte forma:

<b>ARGUMENTOS DOS AMICUS CURIAE</b>	
<b>IBCCRIM Provimento do Recurso</b>	<b>ADEPOL/Brasil Improvemento do Recurso</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Eficácia e efetividade dos princípios constitucionais</li> <li>- Ineficácia da política de guerra às drogas</li> <li>- Referência positiva a experiências de outros países</li> <li>- Uso de drogas como autolesão, não punida pelo direito penal.</li> <li>- Conduta atípica: não existe bem alheio violado na conduta</li> <li>- Restrição: o uso em local público</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Relativização dos princípios constitucionais</li> <li>- Descriminalização como causa do aumento do consumo</li> <li>- Drogas como causa da violência e desestabilização do sistema</li> <li>- Prevalência do interesse coletivo e saúde pública</li> </ul>

## Tabela 7 – Argumentos dos Amicus Curiae

## 8. OS DADOS E A PROPOSTA METODOLÓGICA

### 8.1. Síntese das razões, contrarrazões e argumentos

Como dito acima, esse é roteiro proposto por Laperrière (2008, p. 368) para uma pesquisa baseada na TFD:

- 1 – A coleta e a análise dos dados são processadas e interligadas;
- 2 – Os conceitos são as unidades de base da análise;
- 3 – Categorias conceituais devem ser elaboradas e, posteriormente, relacionadas;
- 4 – A amostragem responde a objetivos teóricos;
- 5 – A análise procede por comparações constantes;
- 6 – A teoria deve levar em conta, simultaneamente, regularidade e variações dos dados;
- 7 – A teoria se articula em termos de processo;
- 8 – A elaboração da teoria se dá por meio da redação de memorandos;
- 9 – Hipóteses sobre as relações entre categorias são elaboradas, de depois, verificadas durante a pesquisa;
- 10 – O fenômeno pesquisado – sendo micro – deverá ser analisado em relação às condições estruturais mais amplas nas quais ele se insere.

Não se trata, portanto, de defender quem está certo ou quem está errado, mas analisar, relacionar e comparar os argumentos a favor e contra a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

Na fase coleta dos dados, utilizamos as manifestações atores jurídicos que até então atuaram no processo judicial e de dois “amicus curiae”. Os argumentos foram sintetizados em quadros resumo e comentados. (As tabelas a seguir já foram referenciadas).

Na primeira fase do processo, percebemos que a acusação defendeu a tipicidade da conduta (violação do artigo 28 da lei de Drogas), visto que a substância faz parte do rol estabelecido na Portaria SVS/MS 344/98, sob alegação de que causa dependência física ou psíquica, devendo o agente ser punido com pena restritiva de direitos. De sua vez, a defesa argumentou com a atipicidade da conduta (uso não é crime); que não há lesividade na conduta e não fere bem jurídico alheio, visto que a autolesão não é crime, sendo inconstitucional o dispositivo e, portanto, não deveria ser punido com qualquer tipo de pena. Por fim, a magistrada do caso acatou os argumentos do Ministério Público acerca da tipicidade da conduta; destacou a necessidade de punição em razão do mal geral que poderia causar à coletividade; que deveria proteger o acusado com a pena para não se tornar em traficante ou

viciado e não voltar a delinquir. Com relação à inconstitucionalidade do dispositivo, não enfrentou os argumentos da defesa e apenas alegou que o Supremo Tribunal Federal ainda não havia declarado a inconstitucionalidade.

Na fase recursal, basicamente se repetiram os argumentos.

Então, até aqui, temos coletado todas as informações relacionadas às manifestações dos atores jurídicos e dos dois “amicus curiae” selecionados. Para fins de prosseguimento na análise desses dados, podemos dividir em duas categorias os argumentos até aqui expendidos, a saber: a favor e contra a inconstitucionalidade do dispositivo.

É relevante observar que as razões aqui sintetizadas dizem respeito à declaração ou não da inconstitucionalidade de um dispositivo legal, o que não significa descriminalização das drogas para consumo pessoal, embora a hipótese do reconhecimento da inconstitucionalidade resulte em repercussões para o sistema de justiça criminal.

Em verdade, o objeto do Recurso Extraordinário é para que a Corte Constitucional brasileira declare a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas por infringir os princípios constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas. Verdade que a motivação do Recurso foi a condenação de um detento pelo porte de 3 gramas de maconha acondicionadas em um “marmitex” encontrado em sua cela, mas o objeto do Recurso, repito, é a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo que fundamentou a decisão condenatória.

Pois bem, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do Recurso, manifestou-se exatamente como requerido no Recurso, ou seja, pela declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição. De outro lado, os eminentes Ministros Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso, de forma clara e expressa, manifestaram-se com exclusividade sobre o uso pessoal de maconha, rechaçando a amplitude da decisão para outras drogas consideradas por eles como sendo “pesadas”. Evidente que este não é o requerimento final do Recurso e é previsível uma grande dificuldade de elaboração de uma ementa para o acórdão do julgamento caso prevaleça esse entendimento dos Ministros Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso. Assim, por exemplo, como seria interpretada a conduta de uma pessoa que tenha o porte de 3 gramas de maconha e mais algumas gramas de cocaína ou crack? Seria absolvido pelo porte de maconha e condenado pelo porte da cocaína ou crack? Nessa hipótese, estaria se relativizando a principiologia constitucional que fundamenta o

Recurso, ou seja, o agente exerce suas garantias constitucionais com relação ao uso de maconha, podendo ser punido pelo uso, em sua intimidade, de outras drogas.

É uma contradição a ser enfrentada pelo Ministro Relator em caso de prevalência desse entendimento na elaboração da ementa do acórdão, mas isso é tarefa ainda distante e, obrigatoriamente, vai ter que ser enfrentada e resolvida.

Além disso, observa-se nos votos até aqui publicados que os três Ministros do Supremo Tribunal Federal defenderam a interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, mas todos absolveram o acusado. Esse detalhe não tem repercussão na efetivação da decisão do STF em casos concretos, ou seja, não se excluí o texto do dispositivo, mas sua interpretação deverá seguir os princípios constitucionais aplicados na espécie: é inconstitucional o dispositivo que define o uso de drogas como fato típico.

Com relação aos argumentos teóricos e utilização de categorias jurídicas a favor e contra a inconstitucionalidade, podemos destacar que os argumentos pela inconstitucionalidade se baseiam na principiologia constitucional, teorias do Direito Penal, análise da política criminal sobre drogas, as drogas em contexto histórico e social, bem como as condições sociais e a discriminação dos usuários. De outro lado, os argumentos pela constitucionalidade, basicamente concentrados na sentença condenatória, razões do Ministério Público e da Associação dos Delegados, tem como fundamentos principais a relativização das garantias fundamentais, visão acrítica acerca dos problemas relacionados ao uso de drogas e como causa da violência e desestabilização da sociedade, deixando de lado as questões da desigualdade social, concentração de renda, racismo estrutural e outras questões relacionadas à pobreza, cor da pele e condição social.

Por fim, na lógica do Sistema de Justiça Criminal, (i) o uso de drogas causa um mal geral à coletividade, (ii) viola a saúde pública, (iii) é a causa da violência e desestabilização da sociedade e, sendo assim, o Estado precisa agir para que esse “mal” não se perpetue. Para tanto, a posse de drogas para consumo pessoal é (i) tipo penal definido em lei, (ii) a punição tem caráter de prevenção especial para não voltar a delinquir, (iii) e o Estado deve agir para que o usuário eventual não se torne traficante ou viciado. Seguindo esta lógica, para que tudo isso aconteça, e o Estado possa se valer do Direito Penal para “manutenção da paz social”, por conseguinte, é preciso mitigar as garantias constitucionais de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

De outro lado, os que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo fortalecem a posição exatamente com (i) o caráter absoluto das garantias constitucionais, (ii) a ausência de lesividade na conduta de usar drogas e (iii) a ineficácia da atual política de proibição e repressão.

Em síntese:

<b>Inconstitucionalidade</b>	<b>Constitucionalidade</b>
Atipicidade da conduta	Tipicidade da conduta
Eficácia absoluta e efetividade da principiologia constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas	Relativização dos princípios constitucionais em favor do coletivo e da saúde pública
Não há lesividade na conduta e não fere bem jurídico alheio	Violação à saúde pública
Autolesão não é crime e não há punição	Necessidade de punição em razão do mal geral que pode causar à coletividade
Ineficácia da política de guerra às drogas	Proteção do acusado para não se tornar traficante ou viciado
Prevenção, campanhas educativas e cuidados com dependentes	Pena como prevenção especial: não voltar a delinquir.
Drogas situadas em contexto histórico e social	Drogas como causa da violência e desestabilização da sociedade
Drogas situadas em condições sociais de desigualdade e discriminação	Drogas como opção voluntária do usuário

Tabela 8 – Resumo dos argumentos

Depois dessa amostragem comparativa, no próximo capítulo, à guisa de conclusão, tentaremos concluir essa jornada que vai desde poucas gramas de maconha encontrada em um marmiteiro dentro de um presídio, a condenação do detento pela posse da maconha, o papel da Defensoria Pública e do Ministério Público, os votos dos Ministros do STF e os argumentos dos “amicus curiae”.

## 9. CONCLUSÃO

*Se avexe não  
 Amanhã pode acontecer tudo, inclusive nada  
 Se avexe não  
 A lagarta rasteja até o dia em que cria asas  
 Se avexe não  
 Que a burrinha da felicidade nunca se atrasa  
 Se avexe não  
 Amanhã ela para na porta da sua casa*

*Se avexe não  
 Toda caminhada começa no primeiro passo  
 A natureza não tem pressa, segue seu compasso  
 Inexoravelmente chega lá  
 Se avexe não  
 Observe quem vai subindo a ladeira  
 Seja princesa ou seja lavadeira  
 Pra ir mais alto, vai ter que suar*

Trecho da música A natureza das Coisas, Accioly Neto.

Como dito e repetido, o objeto desta pesquisa é a análise do debate em torno da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, tendo como fonte o processo judicial iniciado no Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema (SP) e que resultou em Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade do citado dispositivo legal.

No curso da pesquisa, houve destaque para a maconha, mesmo entendendo que o debate jurídico é acerca da constitucionalidade de um artigo de lei e sem referência à droga específica, visto que o flagrante envolveu a maconha e os votos dos ministros Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso restringiram o debate ao uso maconha. Este, sem dúvida, será uma dificuldade da Corte Constitucional na lavratura do futuro acórdão.

Pois bem, dissertamos sobre uma breve história das drogas; os marcos legais sobre drogas e proibições; a construção histórica de um sistema de garantias e dos Direitos Humanos; discorremos brevemente sobre a teoria crítica e a teoria crítica do Direito; sobre drogas, escravidão e o racismo estrutural; em seguida, apresentamos o percurso metodológico e a inspiração da juíza Maria Lúcia Karam e da pesquisadora Luciana Boiteux, dentre tantos outros imprescindíveis; depois, relatamos o caso de Francisco Benedito de Souza, os fatos que

resultaram em sua condenação as peças processuais seguintes, incluindo os votos dos ministros e razões de dois “amicus curiae”.

Os argumentos foram sintetizados e comparados em tabelas, destacando os pontos principais apresentados nas peças favoráveis e desfavoráveis à inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

A análise do sistema prisional brasileiro, destacando o perfil dos apenados, tornou-se fundamental para a compreensão das consequências da atual política de “guerra às drogas”. O resultado dessa análise é a presença majoritária de jovens, pretos, pardos e condenados por algum relacionados à lei de drogas. A consequência inevitável, como vimos, foi a apresentação, ainda que sumária, do processo de escravização de negros no Brasil, a proibição inicial do uso do “pito de pango” e o ainda imperante racismo estrutural.

Indissociável, portanto, abordar a temática do proibicionismo sem a compreensão das consequências do papel do Estado nesse processo através de seus agentes e instâncias do sistema de justiça criminal, bem como a influência do racismo estrutural no debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

Também entendemos de fundamental importância um breve relato acerca da construção histórica dos direitos humanos e das garantias constitucionais, da teoria crítica do direito e da criminologia crítica, visto que os argumentos pela inconstitucionalidade foram baseados, exatamente, como não poderia ser diferente, em dois princípios constitucionais: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada pessoas.

O que se pode, portanto, concluir dessa pesquisa e tendo em vista a metodologia proposta?

Em primeiro, mais uma vez, é preciso que se ressalte que o objeto do Recurso Extraordinário em tramitação no Supremo Tribunal Federal tem como objeto a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei 11.343/06. Não há que se falar, portanto, em descriminalização ou legalização do porte de maconha, ou mesmo de outras drogas, para consumo pessoal. Em consequência, o objeto dessa pesquisa é buscar compreender as razões daqueles que defendem a inconstitucionalidade do citado dispositivo e, de outro lado, daqueles que defendem a constitucionalidade. Evidente que o resultado do julgamento certamente resultará em efeitos concretos nos julgamentos posteriores e, quiçá, na revisão de julgamentos anteriores.

Em segundo, ressaltamos que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal em consequência de um caso concreto, que resultou em condenação e, em seguida, em recurso de apelação e, por fim, em Recurso Extraordinário em que se questiona a constitucionalidade do artigo 28, Lei 11.343/06. Em síntese, pode-se dizer que fatos e sistema de justiça criminal se imbricaram de tal forma que o debate acerca de inconstitucionalidade chegou ao Supremo Tribunal Federal, transitando desde a decisão de um diretor de presídio que, por algum motivo, decidiu pela realização de um “baculejo”, passando por um delegado de polícia, representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário de diversas instâncias, defensores e advogados representantes dos “amicus curiae”.

Por fim, a principiologia constitucional que embasa o requerimento diz respeito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, conforme previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal. Outros argumentos utilizados nas peças processuais tem a finalidade de contextualizar o debate sobre a questão do uso de drogas e o papel do Estado como a instância responsável, através de seu poder repressivo, de proibir e punir a produção e consumo de substâncias consideradas ilícitas.

A consequência dessa contextualização termina por conduzir o debate para além da esfera da constitucionalidade, visto que são alegações relacionadas muito mais à conduta individual e a detalhes da política criminal e suas instituições. O que se quer dizer, por conseguinte, é que o debate sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal por infringir princípio constitucional não pode ser elucidado com base em argumentos relacionados à saúde pública, prevenção especial da pena, causa de violência etc. Neste caso, sem alternativa, o debate termina reservando a principiologia constitucional para um segundo plano e, o que é mais grave, relativizando ou mitigando garantias constitucionais.

Neste sentido, o que importa, em último caso, é a análise do dispositivo legal à luz da Constituição Federal, conforme requerido pela defensoria Pública de São Paulo, ao Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário, para que a corte constitucional afira a constitucionalidade do dispositivo, sob o manto da garantia de inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas.

Em conclusão, a tabela 8 – resumo dos argumentos, poderia ser reelaborada da seguinte forma:

<b>INCONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>CONSTITUCIONALIDADE</b>
<b>ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS</b>	
Eficácia absoluta e efetividade da principiologia constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas	Relativização dos princípios constitucionais em favor do coletivo e da saúde pública
<b>OUTROS ARGUMENTOS</b>	
Atipicidade da conduta	Tipicidade da conduta
Não há lesividade na conduta e não fere bem jurídico alheio	Violação à saúde pública
Autolesão não é crime e não há punição	Necessidade de punição em razão do mal geral que pode causar à coletividade
Ineficácia da política de guerra às drogas	Proteção do acusado para não se tornar traficante ou viciado
Prevenção, campanhas educativas e cuidados com dependentes	Pena como prevenção especial: não voltar a delinquir.
Drogas situadas em contexto histórico e social	Drogas como causa da violência e desestabilização da sociedade
Drogas situadas em condições sociais de desigualdade e discriminação	Drogas como opção voluntária do usuário

Tabela 9 – Argumentos constitucionais e outros

São argumentos que representam, de um lado, o respeito à dignidade humana, direito à liberdade e, sobretudo, o respeito às garantias constitucionais do indivíduo diante do Estado. De outro lado, o poder sem controle do Estado sobre o indivíduo, sob o argumento da proteção individual, segundo o entendimento de que ele, o Estado, através de seus mecanismos de controle, incluindo o sistema de justiça criminal, é o definidor dos limites dessa proteção, e não a Constituição. Nessa lógica, o Estado-Juiz se atribui ao direito de condenar uma pessoa, restringindo o seu direito à liberdade, por motivo do uso de uma substância, sem violar direitos de terceiros, que o próprio Estado define como prejudicial à saúde do indivíduo, selecionando, por óbvio, quais seriam essas substâncias.

E o que move tudo isso?

Embora sob o manto da proteção do Estado e de seu papel de mantenedor da ordem social, a consequência da política atual de proibição da produção e uso de certos tipos de drogas, é o super encarceramento de jovens pobres, pretos, baixa escolaridade e sem profissão, restringindo seu direito à liberdade, reforçando a seletividade do direito penal e criminalização da pobreza.

E o que pode acontecer?

Como dito, o Recurso Extraordinário tramita no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2011 e encontra-se na fase de julgamento, tendo recebido os votos favoráveis à inconstitucionalidade do Relator, Ministro Gilmar Mendes, e dos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. A atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, tem insistido em colocar o julgamento em pauta, mas não conseguiu ainda a continuidade do julgamento em vista de outras pautas consideradas mais urgentes pelo STF.

Retornado ao julgamento, os demais Ministros podem seguir o relator ou abrirem a divergência, ou seja, apresentar um voto contrário ao entendimento do relator. Além disso, existe ainda a possibilidade de algum Ministro ou Ministra requerer “vistas” dos autos e sem prazo para apresentar seu voto e recolocar o processo em pauta. Isso pode acontecer mesmo após a formação de maioria por um dos entendimentos.

Considerando a hipótese de conclusão do julgamento, a fase seguinte é de elaboração e publicação do acórdão. Este, a nosso ver, considerando apenas o estágio atual da votação, pode ser um grande desafio para o ministro relator, visto que o requerimento inicial é pela declaração da inconstitucionalidade de um disposto legal, como já declarou o relator, mas os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso reduziram o entendimento para o uso de maconha.

No processo civil brasileiro, o artigo 492, do Código de Processo Civil, sedimentou o princípio da congruência entre o pedido e a decisão do juiz nos seguintes termos:

*Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

*Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.*

Logo, “*data maxima venia*”, como se diz em “juridiquês”, os eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal estão limitados ao pedido, ou seja, se o artigo 28, lei 11.343/06, é ou não constitucional em face dos princípios da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas.

Neste caminhar, por fim, quer parecer que é de suma importância o posicionamento da corte constitucional brasileira acerca do dispositivo legal em comento, mas isso pode não acontecer tão cedo e com os efeitos desejados pelo mundo jurídico e usuários de drogas.

Nos anos 80, perto da república de estudantes em que eu morava, alguém grafitou no muro um trecho do poema “O Lutador”, de Carlos Drumond de Andrade:

*“Lutar com palavras é a luta mais vã  
Enquanto lutamos, mal rompe a manhã”.*

Na manhã seguinte, outra pessoa grafitou sobre o verso e incluiu um parêntesis depois de “lutar”.

O poema ficou assim:

*“Lutar (só) com palavras é a luta mais vã  
Enquanto lutamos, mal rompe a manhã”.*

Neste final, parafraseando Drumond e o poeta da madrugada, podemos afirmar que lutar contra o proibicionismo e pela legalização de todas as drogas só com recursos ao judiciário, pode ser a luta mais vã, pois enquanto lutamos as pessoas continuam sendo privadas da liberdade ou mortas por exercerem seu direito sobre o corpo, sua intimidade e sua vida privada.

O estado da arte sobre o objeto dessa pesquisa, por assim dizer, em síntese, seria o seguinte:

- O artigo 28, Lei 11.343/06, embora sem pena privativa de liberdade, tipifica o uso de droga como crime;
- A constitucionalidade desse dispositivo está sob julgamento no Supremo Tribunal Federal, sob argumento da violação aos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e vida privada das pessoas;
- Esse julgamento não implica em legalização ou descriminalização do uso de drogas, mas em declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo legal;
- Desde 2011, o recurso está tramitando e dois Ministros, além do Relator, já proferiram votos pela procedência do pedido com algumas condições e restrições;
- Durante o debate, além dos princípios constitucionais mencionados, outros argumentos ganharam corpo e foram incluídos no debate, a saber: política de “guerra às drogas”, o super encarceramento proveniente dessa política, os pobres e negros como alvo preferencial desse processo e a estreita relação da atual política proibicionista com os resquícios da escravização no Brasil e do atual racismo estrutural;
- Como resultado do julgamento no Supremo Tribunal Federal, “amanhã tudo pode acontecer, inclusive nada” e “lutar só com petições e recursos por de ser a luta mais vã”.

Então, em conclusão, o novo constitucionalismo, a teoria crítica do Direito, a criminologia crítica, o Direito Alternativo e o sistema de garantias construído historicamente, não podem mais suportar um proibicionismo fundamentado em argumentos ultrapassados pelo Direito e pela História.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A.R. O que é justiça: uma abordagem dialética. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1982.
- AMARAL, Belchior Puziol. Drogas & Sociedades: da distopia proibicionista à utopia antiproibicionista. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto alegre, 2016.
- ANTONIL, André João. Cultura e opulência do Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.
- ARAÚJO, Tarso. Almanaque das drogas. São Paulo: Leya, 2012.
- AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. São Paulo: Pólen, 2019.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. Comentários Críticos à lei de drogas. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- BOITEUX, Luciana. O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.
- 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. Publicada no DOU de 24 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em 29 jan. 2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.8.2015.tde-31072015-151308. Acesso em: 2023-09-29.

CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In Machado, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017a.

CAPPI, Riccardo. A maioria penal nos debates parlamentares. Motivos do controle e figuras do perigo. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017b.

CARNEIRO, Henrique. Drogas: a história do proibicionismo. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo criminológico e dogmático da Lei 11343/06. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo. Anti Manual de Criminologia. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVIS, Ângela. Estariam as prisões obsoletas? Rio de Janeiro: Difel, 2018

DÓRIA, J.R.C. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício. In: BRASIL. Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros. 2 ed. Rio de Janeiro: Serviço Nacional de Educação Sanitária, 1958.

ESCOHOTADO, Antonio. História Elementar das Drogas. Lisboa: Antígona, 2004.

FERRUGEM, Daniela. Guerra às Drogas e a manutenção da hierarquia racial. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. História da Maconha no Brasil. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

FREITAS, Juarez. As grandes linhas da filosofia do direito. Caxias do Sul: Educus, 1986.

GOFMAN, Erving. Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC Editora, 1988.

HART, Carl. Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HUBERMAN, Leo. A história da riqueza do homem. 17 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica. In Machado, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de. 'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Acesso em: 30 jul 2022.

LAPERRIÈRE, Anne. A teorização enraizada (grunded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In: J. Poupart et al. (org) *A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos* (pp. 353-385). Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

LEAL, Fabíola. Movimento Antiproibicionista no Brasil: Discursos De Resistência. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Política Social do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora. Vitória (ES), 2017.

LÉRY, Jean de. Viagem à Terra do Brasil. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Livraria Martins, 1941.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUCKESI, Cipriano Carlos; PASSOS, Elizete Silva. Introdução à filosofia. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LUNARDON, Jonas Araújo. “Ei, policia, maconha é uma delícia!”. O proibicionismo das drogas como uma política de criminalização social. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em ciência Política da UFRGS. Porto Alegre, 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.); DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. Pesquisa Social: teoria, método e criatividade. Petrópolis (RJ): Vozes, 2016.

MOTT, Luiz. A maconha na história do Brasil. In: HENMAN, Anthony e PESSOA JÚNIOR, Osvaldo (Orgs). Diamba Sarabanda: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986.

NASCIMENTO, Abdias. O genocídio do negro brasileiro; PPROCESSO DE UM RACISMO MASCARADO. São Paulo: Perspectivas, 2016.

NICORY, Daniel. Crítica do controle penal das drogas ilícitas. Salvador: Juspodivm, 2013.

OLMO, Rosa del. A face oculta das drogas. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PESSOA, Mariana Carvalho. Representações sociais no debate sobre a descriminalização da maconha. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UFPE. Recife, 2017.

POSSAS, M. Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: Uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol 8. Nº 3 (2015), 473-499. In <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7302> <Acesso em 14 de set. 2020>

RICHARDSON, Roberto Jarry. Pesquisa social: métodos e técnicas. Colaboradores José Augusto de Souza Peres et al. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. / Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues; orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006. 273 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SAAD, Luísa. “Fumo de Negro”: a criminalização da maconha no pós-abolição. Salvador: EDUFBA, 2018.

SANGIRARDI, Jr. O índio e as plantas alucinógenas. Rio de Janeiro: Editorial Alhambra, 1983.

SOUSA, Gabriel Soares de. Tratado descritivo do Brasil em 1587. São Paulo: Editora Nacional, 1987.

SOUZA, Emanuel Luz de Sonhos da Diamba, Controles do Cotidiano: Uma história da criminalização da maconha no Brasil republicano. Salvador: Edufba Cetad/UFBA, 2015.

SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044. Acesso em: 30 jul. 2022.

STADEN, Hans. Duas viagens ao Brasil: primeiros registros sobre o Brasil. Porto Alegre (RS): L&PM, 2008.

THORNTON, Mark. Criminalização: análise econômica da proibição das drogas. São Paulo: LVM Editora, 2018.

TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro Vol I. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. A rua grita Dionísio. Editora Lumen juris. Rio de Janeiro, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.