

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O CONTROLE PENAL SOBRE O USUÁRIO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA**

LUCAS FELIPE MUINOS BARBOSA LIMA

**RIO DE JANEIRO
2016 / 2º Semestre**

LUCAS FELIPE MUINOS BARBOSA LIMA

**O CONTROLE PENAL SOBRE O USUÁRIO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.

RIO DE JANEIRO

2016/ 2º Semestre

LUCAS FELIPE MUINOS BARBOSA LIMA

CIP - Catalogação na Publicação

F732c Felipe Muinos Barbosa Lima, Lucas.
O Controle Penal Sobre o Usuário de Drogas na
Legislação Brasileira: Uma Análise
Histórica. -- Rio de Janeiro, 2016.
67 f.

Orientadora: Luciana Boiteux de Figueiredo
Rodrigues.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Política
de Drogas. 4. Usuário de Drogas. I. Boiteux de
Figueiredo Rodrigues, Luciana, orient. II. **Título.**

341.5

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo (a) autor(a).

RIO DE JANEIRO

2016/ 2º Semestre

LUCAS FELIPE MUINOS BARBOSA LIMA

**O CONTROLE PENAL SOBRE O USUÁRIO DE DROGAS NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

AGREDECIMENTOS

Os primeiros e maiores agradecimentos vão à minha família: aos meus pais, à minha avó e a minha tia Patrícia, pelo apoio incansável, pelas noites sem dormir, pelas preocupações com minha vida acadêmica e pessoal, por todo o desgaste econômico e emocional que demanda apoiar uma pessoa querida a morar longe da família. Ao meu irmão por estar sempre presente quando necessário. Aos meus amigos, em especial a Jéssica, Julia, Rodrigo, Danilo, Isabela e Vinicius pela longa caminhada e apoio tanto na vida pessoal quanto nos momentos difíceis de elaboração deste trabalho. À minha orientadora, Profa. Dra. Luciana Boiteux que, mesmo em um ano conturbado e com diversas tarefas, conseguiu finalizar a minha orientação com sucesso. Aos demais professores e colegas de universidade, por todo o aprendizado. Ao Rio de Janeiro e aos cariocas pela calorosa recepção e tratamento a um paulista que busca seus sonhos. Por fim e nunca menos importante, à gloriosa Faculdade Nacional de Direito, por quem meu carinho será eterno.

“A justiça pode caminhar sozinha; a injustiça precisa sempre de muletas, de argumentos.”

(Nicolae Iorga)

RESUMO

A análise histórica do controle penal sobre o usuário de drogas no Brasil possui como principal objetivo verificar as formas e fundamentos sob as quais se deram as alterações legislativas, políticas e jurisprudenciais que levaram ao modelo atualmente adotado no país. A influência internacional, desde o início da criminalização do uso de drogas até os novos rumos que alguns países do mundo vêm tomando ultimamente, bem como decisões jurisprudenciais, mostram-se necessários para entender os processos vividos pelo Brasil e as possibilidades de novas interpretações futuras.

Palavras-chave: Direito Penal; Criminologia; Política de drogas; Usuário de drogas; Guerra às drogas; Proibicionismo e drogas.

ABSTRACT

The historical analysis of control over drug users in Brazil has the main purpose of verifying the methods and foundations under which were realized the legislative, political and jurisprudential changes which resulted in the repressive model currently applied by our country. The international influence, since the beginning of the criminalization over drug consumption until the new directions some countries in the world have been adopting recently, as well as relevant court decisions, are quite necessary to understand the processes lived in Brazil and the possibilities of new future interpretations.

Key words: Criminal Law; Criminology; Drug policy; Drugs user; War on drugs; Prohibition and drugs.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

OMS	Organização Mundial da Saúde
LSD	Dietilamida do Ácido Lisérgico (do alemão <i>Lysergsäurediethylamid</i>)
CLP	Consolidação das Leis Penais
AI-5	Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968
PNAD	Política Nacional Antidrogas
DEA	Órgão para Combate às Drogas (do inglês <i>Drug Enforcement Administration</i>)
ISD	Ideologia da Defesa Social
ISN	Ideologia da Segurança Nacional
MDS	Movimentos de Defesa Social
MLOs	Movimentos Lei e Ordem
JECs	Juizados Especiais Cíveis
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana (do inglês <i>Human Immunodeficiency Virus</i>)
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (do inglês <i>Acquired Immunodeficiency Syndrome</i>)
PTS	Programa de Troca de Seringas
ABORDA	Associação Brasileira de Redutores de Danos
ONU	Organização das Nações Unidas
JEFs	Juizados Especiais Federais
SISNAD	Sistema Nacional Antidrogas
CONAD	Conselho Nacional Antidrogas
PL	Projeto de Lei
SVS/MS	Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
RE	Recurso Extraordinário
PGR	Procurador Geral da República
SENAD	Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas
CNCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
UNGASS	Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (do inglês <i>United Nations General Assembly Special Session</i>)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ORIGENS DO PROIBICIONISMO E DO CONTROLE INTERNACIONAL SOBRE DROGAS	12
1.1. Conceito e classificações de “droga”	12
1.2. O uso de drogas nas sociedades mais antigas	15
1.3. O início do controle sobre o uso de drogas no mundo	18
2. HISTÓRICO DO CONTROLE SOBRE O USUÁRIO DE DROGAS NO BRASIL	24
2.1. Influências para o início do proibicionismo em âmbito nacional	24
2.2. As primeiras legislações nacionais sobre drogas	25
2.3. A Ditadura Civil-Militar e a Guerra às Drogas	29
2.4. A abertura política e a Lei de Tóxicos de 1976	32
2.5. A Constituição da República Federativa de 1988 e a Lei de Crimes Hediondos ..	36
2.6. A Política de redução dos danos da década de 1990	39
3. O SÉCULO XXI E A CONSOLIDAÇÃO DO PROIBICIONISMO MODERADO NO BRASIL	41
3.1. A despenalização acidental, em 2001	41
3.2. A Lei de Tóxicos de 2002	43
3.3. A Lei nº 11.343/2006	45
3.4. Novas tendências sobre a política de drogas no Brasil e no mundo	49
3.4.1. A UNGASS de 2016	51
3.5. O protagonismo recente do Supremo Tribunal Federal na questão das drogas	54
3.5.1. <i>As tentativas de criminalização da Marcha da Maconha</i>	54
3.5.2. <i>O RE 430.105-9-RJ: alegação de “abolitio criminis” do crime de porte de drogas para uso pessoal</i>	56
3.5.3. <i>O RE 635.659/SP: alegação de inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal</i>	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa, será realizada uma abordagem histórica acerca dos métodos de controle sobre o usuário de drogas adotados pelas legislações brasileiras ao longo de nossa história, traçando uma linha evolutiva capaz de concluir qual o modelo atual de proibicionismo que vive nosso país. A área de conhecimento é o Direito Penal, em constante diálogo com a Criminologia crítica.

Este tema se mostra relevante e atual, tendo em vista que estão adentrando nas diferentes esferas da sociedade os debates acerca da melhor forma de se lidar os problemas decorrentes do uso abusivo de drogas – sejam aqueles individuais, relacionados aos efeitos que o uso excessivo pode causar no organismo humano; ou as consequências coletivas, isto é, os danos sociais, os prejuízos à saúde pública, a transmissão de doenças relacionadas ao uso sem os devidos cuidados, a violência supostamente relacionada ao uso abusivo de drogas e ao “poder paralelo” instituído pelos traficantes, dentre outros. Um destaque ao assunto é dado de forma crescente pelas grandes mídias em especial, ocasionando preocupações cada vez maiores com relação ao problema das drogas e gerando discussões acerca de qual a melhor forma de tratamento deve ser despendido aos usuários de substâncias psicoativas.

Essa inserção do tema na sociedade possibilita análises mais críticas sobre as políticas públicas que estão sendo tomadas por todas as esferas de governo. Desta forma, a escolha do tema em questão se deve à necessidade de se aprofundar sobre o real objetivo da política de drogas e a escolha do controle penal como forma de lidar com o usuário de drogas.

Esta monografia possui como objetivo geral analisar como se deu, historicamente, o controle penal do usuário de drogas na legislação brasileira, desde o seu início até os dias atuais. Os objetivos específicos são analisar a estratégia do controle penal repressivo sobre os usuários de substâncias ilícitas, bem como estudar os marcos temporais em que se deram os aumentos ou diminuições nesta forma de controle, sempre tendo em mente os contextos sociais e políticos que ensejaram estas alterações.

A questão principal é verificar qual forma de controle é adotada pelo Brasil atualmente com relação ao usuário de drogas. Para responder a essa questão, a metodologia utilizada será a revisão bibliográfica e a análise das leis vigentes e seu histórico de alterações. O marco teórico se baseia em autores em especial da criminologia crítica, como Salo de Carvalho, Luciana Boiteux, Nilo Batista, Emilio Zaffaroni, dentre outros.

A construção do trabalho se dá da seguinte forma: no primeiro capítulo, serão apresentadas a definição e classificações das drogas, as origens do uso dessas substâncias nas sociedades mais primitivas, bem como a partir de quando e por quais motivos teve início o controle proibicionista sobre o uso de algumas substâncias específicas.

No segundo, passa-se a analisar as razões para as primeiras legislações proibicionistas no Brasil e os momentos importantes da história brasileira sobre drogas, como a adesão aos tratados internacionais de controle de drogas, a Ditadura Militar, a redemocratização e as formas mais recentes de controle previstas nas últimas alterações legislativas.

No terceiro capítulo, serão verificadas as políticas e legislações brasileiras do Século XXI, bem como os fundamentos jurídicos, políticos e sociais que ensejaram a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), que ainda permanece em vigor. Será feita uma breve análise dos novos panoramas sobre o assunto, indicando, em âmbito nacional, a existência de novos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e, no plano internacional, os novos rumos que estão sendo tomados por alguns países e a realização da UNGASS (Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas) em 2016.

Por fim, será abordado o recente protagonismo do Supremo Tribunal Federal no tema de drogas e suas decisões acerca de assuntos polêmicos como a Marcha da Maconha e a inconstitucionalidade da previsão do crime de porte de drogas para uso próprio, atualmente ainda em julgamento.

1. ORIGENS DO PROIBICIONISMO E DO CONTROLE INTERNACIONAL SOBRE DROGAS

1.1. Conceito e classificações de “droga”

A discussão acerca do controle penal sobre drogas é tão divergente quanto a própria origem da palavra “droga”. Em famoso dicionário epistemológico¹, por exemplo, a origem da palavra é definida como controversa.

Segundo Luciana Boiteux, considera-se como mais provável a hipótese de que a palavra surgiu do holandês “*droog*”, que, em língua portuguesa atual, significa folha seca. O motivo disso é que os medicamentos antigamente conhecidos por esse termo eram compostos apenas de folhas secas de vegetais².

No dicionário atual, o substantivo feminino “droga”, no sentido literal, possui diversas definições, como “qualquer substância ou ingrediente usado em farmácia, tinturaria, laboratórios químicos”, ou então “qualquer produto alucinógeno (ácido lisérgico, heroína etc.) que leve à dependência química e, p.ext., qualquer substância ou produto tóxico (fumo, álcool etc.) de uso excessivo; entorpecente”, ou ainda “especiaria, planta medicinal”, podendo ser até “qualquer substância que leve a um estado satisfatório ou desejável³”.

Afirma Luciana Boiteux que a Organização Mundial da Saúde (OMS), por sua vez, define-a como qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento⁴. Trata-se, portanto, de uma definição médica.

No seu aspecto normativo, a droga pode ser considerada lícita ou ilícita. Drogas lícitas são aquelas cujo uso, produção e comercialização são permitidas sob o ponto de

¹ NASCENTES, Antenor. *Dicionário epistemológico resumido*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1966, p. 255.

² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. São Paulo, 2006a, p. 16.

³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Novo dicionário HOUAISS da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Forense; Objetiva, 2009.

⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 17.

vista legal. As ilícitas, por outro lado, possuem sua circulação proibida pela legislação. Somente após um julgamento valorativo acerca de uma determinada substância é que se cria uma norma proibitiva de sua circulação. Assim, a licitude depende, em última análise, de uma escolha política. O álcool e o tabaco, por exemplo, são drogas lícitas, enquanto a maconha e a cocaína são drogas ilícitas⁵.

Quanto aos efeitos farmacológicos, as drogas podem ser classificadas em depressoras, estimulantes ou perturbadoras. As drogas depressoras do sistema nervoso são aquelas que diminuem a atividade cerebral, deixando a capacidade do usuário mais lenta. As estimulantes, por outro lado, aumentam a atividade cerebral, acelerando as ações do usuário, deixando-os em estado de atenção e causando euforia. As drogas perturbadoras do sistema nervoso são aquelas que causam delírios e alucinações no campo visual do usuário⁶.

Com relação à origem, as drogas podem ser divididas em naturais, semissintéticas e sintéticas. Naturais são as substâncias retiradas exclusivamente de fonte natural, geralmente de plantas – como a cocaína e a maconha. Semissintéticas são aquelas que, embora retiradas do meio natural, passam por alguma forma de alteração em laboratório, a exemplo da heroína (derivada da morfina). As drogas sintéticas são aquelas completamente criadas em laboratório, como a anfetamina⁷.

As drogas podem também ser classificadas de acordo com o potencial de letalidade, isto é, capacidade de causar danos ao indivíduo. O crack é um exemplo de droga de alta letalidade, uma vez que possui intensos efeitos metabólicos e neurológicos que ocorrem de forma rápida. O álcool e a maconha são drogas menos letais, causando menos danos à saúde de quem os utiliza. Esse índice de letalidade pode ser alterado de acordo com diversas variantes, de forma que o álcool pode ser letal se utilizado em

⁵ NICASTRI, Sérgio. *Drogas: classificação e efeitos no organismo*. Disponível em: www2.ufrb.edu.br/crr/matererrial-didatico-ok/category/3-curso-de-Atualizacao-em-atencao-integral-aos-usuarios-de-crack-e-outras-drogas-para-profissionais-atuantes-nos-hospitais-gerais?download=36:unidade-1-drogas-classificacao-e-efeitos-no-organismo. Acesso em 28 de nov. de 2016.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

grande quantidade e o crack pode não causar problemas a um indivíduo que não o use de forma abusiva⁸.

Quanto à capacidade de causar dependência, as drogas são divididas entre aquelas de grande risco de adição – que causam maior dependência, como o crack, a heroína e a cocaína –, as de médio risco (tabaco e anfetaminas) e as de pouco potencial viciante (a exemplo da maconha e do ecstasy). Não se deve confundir a dependência com o uso abusivo. A dependência ocorre quando o organismo obtém sensação de bem estar com o uso daquela substância ou quando, de forma contrária, a falta da droga causa uma sensação de mal estar. O uso abusivo, por outro lado, está mais relacionado aos efeitos psíquicos e as condições pessoais do usuário: a pessoa passa a querer utilizá-la mais frequentemente para sentir sempre os efeitos causados, mas sem que o seu corpo sofra com a sensação de necessidade de ingestão daquela substância⁹.

No que tange à forma de ingestão, as drogas podem ser classificadas entre as injetáveis (aplicadas através de seringas), as de via oral (geralmente sob a forma de comprimido, como o ecstasy) e as inalatórias (que entram no corpo através do pulmão, seja pela boca – “fumando” – ou pelo nariz – “cheirando”). As drogas inalatórias são as que produzem efeitos mais rápidos e são as mais baratas¹⁰.

Assim, as drogas não são, *per si*, boas ou más. Existem substâncias com efeitos benéficos, a exemplo dos medicamentos, e outras com efeitos prejudiciais ao organismo humano (os chamados tóxicos ou venenos). Curioso observar, ainda, que a mesma substância pode possuir os dois efeitos, sendo positiva em algumas em algumas formas de uso, e agindo como tóxicos em outros momentos, a depender de condições variáveis. Portanto, não é o critério exclusivamente dos efeitos causados que determina o grau de reprovabilidade de uma droga.

Tendo em vista os inúmeros significados da expressão “droga” e para melhor se relacionar ao tema da presente monografia, a palavra será utilizada no sentido definido pela OMS, isto é, como sinônimo de “substâncias químicas que causam alterações no

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

corpo humano”, de forma inteiramente desassociada de valoração subjetiva relacionada às suas qualificações, seus efeitos, a crenças, superstições ou convicções filosóficas.

1.2. O uso de drogas nas sociedades mais antigas

É de se observar que o uso de substâncias químicas para modificar o comportamento, a emoção e o humor, se configurou como prática comum ao longo de toda a história da humanidade¹¹.

Em contramão ao que muitos acreditam, a utilização dessas substâncias não é “algo novo, um mal contemporâneo, mas o uso da droga sempre acompanhou a história da humanidade, assim como a busca do prazer e da necessidade de satisfação dos instintos”¹². Segundo Gauer, “a questão do uso de drogas pode ser considerado universal, uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos”¹³.

Por outro lado, na área médica, de acordo com Fernanda Gonçalves Moreira e Dartiu Xavier Silveira, “todas as sociedades, em larga escala, diferenciaram de alguma maneira, o uso médico e o abuso ‘não-médico’ de drogas, e eventualmente fizeram com essa distinção as fundações morais e legais do sistema internacional de controle de drogas”¹⁴.

O álcool, por exemplo:

[...] era utilizado desde o início da história, começando como bebidas fermentadas de relativamente pouco conteúdo alcoólico. Quando os árabes introduziram a nova técnica de destilação na Europa, durante a Idade Média, os alquimistas acreditavam que este seria um “elixir de vida”, considerado como um remédio para praticamente todas as doenças¹⁵.

¹¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 26.

¹² COURTWRIGHT, David T. *Forces of Habit: drugs and the making of the modern world*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 4, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 26.

¹³ GAUER, Ruth Maria Chittó. *Uma leitura antropológica do uso de drogas*. In: Fascículos de Ciências Penais. Edição especial. Drogas: abordagem interdisciplinar. V. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, p. 60, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 27.

¹⁴ SILVEIRA, Dartiu Xavier; MOREIRA, Fernanda Gonçalves. *Panorama atual de drogas e dependência*. São Paulo, Atheneu, 2006, p. 3.

¹⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 28.

O ópio, em que pese ser uma das drogas mais recentemente proibidas:

[...] trazido diretamente da China e da Índia. Era uma das drogas mais usadas no mundo antigo, como analgésico e eutanásico, e fazia parte de várias receitas egípcias, gregas e romanas. Muito antes da segunda metade do século XIV, quando Veneza inicia um importante comércio de ópio e fabricação da triaca, as novas escolas de Medicina, como a de Salerno, já defendiam o uso anestésico do ópio, e lentamente retomavam seu uso medicinal.¹⁶

Já a *cannabis sativa*, ou maconha, popularmente conhecida e utilizada nos dias atuais:

[...] era considerada ainda mais antiga. Há indícios de que na pré-história já se cultivava a cannabis, sendo remotas as origens da utilização do cânhamo⁴² (ou hemp - fibra vegetal extraída do caule da planta cannabis sativa), bastante utilizada em medicamentos, temperos e, principalmente, para tecer roupas de fibras resistentes⁴³, além de servir o óleo das sementes como componentes de tintas e vernizes. O entorpecente maconha se diferencia do cânhamo pois possui altos teores do princípio ativo tetrahydrocannabinol (THC), um alucinógeno encontrado nas folhas e nos frutos da mesma planta. Especula-se se o hábito de fumar maconha teria sido trazido para o Brasil pelos primeiros escravos vindos da África. Atualmente, é cultivada em vários locais do mundo, devido à facilidade de sua adaptação a uma variedade de climas e altitudes, o que garantiu sua difusão pelo mundo, sendo hoje a substância ilícita mais nele consumida.¹⁷

Por sua vez, a folha de coca:

é uma planta nativa do Peru, bastante cultivada na região dos Andes, remontando aos incas o uso da mastigação das folhas de coca para aplacar a fome, revigorar as energias, pelo seu efeito excitante e estimulante, e para minimizar os efeitos da altitude. Até hoje esse é um hábito cultivado nos países andinos. Já a cocaína, descoberta por volta de 1855, é um alcalóide extraído das folhas de coca, utilizado na forma de cloridrato, que se cristaliza em pequenas agulhas que assumem o aspecto de pó amorfo¹⁸.

Uma das maiores razões apontadas para o uso de drogas é a questão da religiosidade. Nos primórdios da colonização, o uso de alucinógenos e de plantas psicoativas era prática que tanto os indígenas como os pagãos comumente realizavam em seus navios nas Américas e na Europa. Não por outro motivo:

a descoberta de culturas nativas originais de novos povos também influenciou a civilização européia, que descobriu novas plantas e espécimes, tais como o

¹⁶ *Idem*, p. 29.

¹⁷ *Idem*, p. 29.

¹⁸ *Idem*, p. 30.

haxixe, o ópio e o tabaco, além de especiarias e novos fármacos. Tais substâncias passaram a ser mercadorias valiosas no comércio internacional, e levaram ao incremento das viagens e das rotas de comércio com as terras mais distantes. Os navegadores que descobriam o novo mundo encontraram sociedades indígenas nativas fazendo uso sagrado de alucinógenos típicos de suas culturas. Há relatos de que o tabaco, o ópio e o banguê da Índia (ou maconha) tinham como utilidade “sair de si” e “descansar do trabalho”, e ainda serviriam para criar “sonhos e ilusões”. Por sua vez, na América Latina, havia o tradicional uso da folha de coca, que era misturada ao tabaco, para dar mais força e ajudar a suportar melhor o trabalho.¹⁹

A Medicina do Século XVI também teve crucial importância com relação à experimentação do uso de drogas, uma vez que já tinham se iniciado as pesquisas sobre o corpo humano e as doenças que lhe afetavam.

Segundo Luciana Boiteux, a partir do apogeu do período colonial, notadamente no decorrer do Século XIX, no qual se formou a famosa “rota do ópio”, as drogas se tornaram especiarias de comercialização ampla e irrestrita, chegando a compor as economias de alguns países, como a China, exatamente em virtude do ópio. O álcool e o tabaco tornaram-se verdadeiras estratégias do comércio internacional²⁰.

Nesta época, as únicas substâncias que eram comumente proibidas eram os alucinógenos, utilizados amplamente nos cultos indígenas das Américas. Tem-se a primeira ideia de controle de uso de drogas, de acordo com razões religiosas, culturais e econômica, e não puramente médicas – o que depois veio a configurar um padrão mundial de controle de determinadas substâncias.

No final do Século XIX, a produção de cocaína aumentou significativamente, transformando-se em uma das substâncias de uso médico-farmacêutico mais populares nos Estados Unidos e na Europa²¹.

A partir de meados da década de 50 do Século XX, tornou-se bastante comum o uso de drogas psicotrópicas utilizadas pela psiquiatria com o objetivo de alterar os processos mentais, seja sedando, estimulando ou mudando de qualquer forma o humor

¹⁹ *Idem*, p. 27 e 28.

²⁰ *Idem*, p. 29.

²¹ DAVENPORT-HINES, Richard. *The Pursuit of Oblivion: a global history of narcotics*. New York: WW Norton, 2002. p. 158, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 31.

ou comportamento humano. Até os dias atuais, medicamentos ansiolíticos e antidepressivos são comumente receitados por médicos psiquiatras.

As drogas sintéticas, por sua vez, foram descobertas na metade do Século XX, a partir da evolução da farmacologia. Em 1943, Hofmann teria sido o primeiro a ingerir uma quantidade mínima de ácido lisérgico (LSD) e experimentado seus efeitos alucinógenos²².

1.3. O início do controle sobre o uso de drogas no mundo

Após ter-se situado historicamente nas origens e razões para o uso de substâncias capazes de alterar o comportamento humano, é de se concluir que o controle sobre o uso e o comércio de drogas é um fenômeno relativamente recente.

As primeiras prescrições morais foram trazidas na Idade Média pela doutrina cristã. Já no Século XIX, tiveram início as primeiras tentativas de controle das substâncias utilizadas como mercadorias no comércio internacional. Neste momento, conforme já mencionado, o álcool e o tabaco, especiarias de estratégia comercial europeia, permaneceram com o seu uso permitido e apoiado pela Igreja; enquanto os alucinógenos, produtos essencialmente produzidos e utilizados por comunidades indígenas e latino-americanas, começaram a ser proibidos²³.

Por sua vez, o controle médico teve especial cabimento quando da também já mencionada popularização da prescrição de medicamentos por psiquiatras, em especial os ansiolíticos e antidepressivos. Em que pese sejam utilizados no “tratamento” de determinadas doenças, há severas restrições quanto ao seu comércio e uso, uma vez que são drogas que atuam sobre o sistema nervoso central e causam dependência.

²² GOODMAN & GILMAN'S *The pharmacological basis of therapeutics*. 9a . ed. New York: McGraw-Hill, 1995, p. 400, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 30.

²³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 31.

Como destaca Luciana Boiteux, “o novo Estado Moderno, portanto, une o poder religioso ao poder médico para guardar um conjunto de normas reguladoras da vida pessoal, em especial do consumo das drogas”²⁴.

A atual política de controle das drogas, portanto, tem em sua origem aspectos religiosos, econômicos e sociais, muito embora na atualidade seja mais perceptível o discurso oficial médico. Não há como se deixar de analisar o quadro dentro de um contexto mais amplo, que leva, na atualidade, à coexistência de drogas proibidas, de consumo semiclandestino, por um lado, e de substâncias “terapêuticas” legais, fabricadas pelas grandes indústrias multinacionais, cuja diferenciação é feita por critérios político-legislativos e sofre a influência de “atitudes sociais que determinam quais drogas são admissíveis e atribuem qualidades éticas aos produtos químicos.”²⁵

Nos Estados Unidos do Século XIX, após as descobertas científicas que isolaram a morfina (em 1810), a cocaína (em 1860) e a síntese da heroína (1874), ocorreu uma alteração na visão da população norte-americana sobre as drogas. Até então favoráveis à utilização de opióides e da cocaína, os cidadãos locais passaram a relacionar o uso dessas substâncias, bem como do álcool e do tabaco, como vícios típicos de pessoas de classes sociais inferiores e consideradas imorais – prostitutas, jogadores, desocupados etc²⁶.

O poder punitivo nessa época era fundamentado na denominada Ideologia da Defesa Social, a qual traz a ideia de que se deve realizar uma intervenção punitiva por parte do Estado contra o cidadão que comete um crime. Trata-se de uma ideologia puramente racional, que não leva em consideração a sociedade, seus contextos e sua história, mas tão somente a conduta do infrator de forma isolada²⁷.

O discurso oficial era no sentido de que seria necessário proteger os bens jurídicos lesados, defendendo a sociedade do criminoso através de uma intimidação, uma punição e de sua ressocialização. A ideia latente era a da punição dos comportamentos

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem*, p. 32.

²⁶ *Idem*, p. 49.

²⁷ PIERANTI, Octavio Penna. *Da Segurança Nacional à Insegurança Jurídica nas Telecomunicações: o Código Brasileiro de Telecomunicações, 45 Anos Depois*. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, Revista Eptic On Line, v. IX, n. 3, Set./Dez. 2007. Disponível em: <http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>. Acessado em 12 de out. de 2016.

considerados socialmente negativos, “protegendo a sociedade” dos danos causados por substâncias capazes de alterar o comportamento humano.

Alessandro Baratta define a Ideologia da Defesa Social através de alguns princípios basilares:

1) Princípio do bem e do mal. Há um controle da criminalidade (mal) em defesa da sociedade (bem). O delito é um dano para a sociedade e o delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social.

2) Princípio de culpabilidade. O fato punível é expressão de uma atitude interior reprovável, porque seu autor atua conscientemente contra valores e normas que existem na sociedade previamente à sua sanção pelo legislador.

3) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos. Isto se leva a cabo através das instâncias oficiais de controle do delito (legislação, policia, magistratura, instituições penitenciaria). Todas elas representam a legitima reação da sociedade, dirigida tanto ao rechaço e condenação do comportamento individual desviante como à reafirmação dos valores e normas sociais.

4) Princípio de igualdade. O Direito Penal é igual para todos. A reação penal se aplica de igual maneira a todos os autores de delitos. A criminalidade significa a violação do Direito Penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviada.

5) Princípio do interesse social e do delito natural. No centro mesmo das leis penais dos Estados civilizados se encontra a ofensa a interesses fundamentais para a existência de toda a sociedade (delitos naturais). Os interesses que o Direito Penal protege são interesses comuns a todos os cidadãos. Somente uma pequena parte dos fatos puníveis representa violações de determinados ordenamentos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

6) Princípio do fim ou da prevenção. A pena não tem (ou não tem unicamente) a função de retribuir o delito, mas de preveni-lo. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminal, isto é, intimida-lo (prevenção geral negativa). Como sanção concreta, tem como função a ressocialização do delinqüente (prevenção especial positiva)²⁸.

Nesse cenário, os Estados Unidos editaram o *Harrison Act*, de 1914, primeira legislação do Ocidente que não só proibia, como punia o uso e a venda de psicoativos. Outra medida adotada foi a implementação da política da “Lei Seca”, proibindo o consumo e a venda de álcool no país entre 1919 e 1933. Estava feita a opção pelo modelo proibicionista.

A maconha chegou depois ao EUA, somente na década de 1920, por causa dos imigrantes mexicanos, usuários habituais da substância.

²⁸ *Idem.*

Com a Grande Depressão de 1930, esses imigrantes se tornaram uma minoria não mais bem-vinda, pois disputava os escassos empregos com a população local. Na campanha pela proibição da maconha, o fumo da erva era proclamado como nocivo, e os mexicanos, contumazes usuários, eram vinculados a atos violentos, levando os estados da costa oeste a pressionar o governo federal para proibir o uso da maconha.²⁹

Paralelamente à adoção do modelo proibicionista pelos Estados Unidos, a China e o Reino Unido travavam as denominadas “Guerras do Ópio”: a Coroa Britânica era responsável pelo comércio internacional do ópio, enquanto a China, seu principal consumidor, enfrentava pressão interna para a proibição do uso e compra dessa droga, que era utilizada no país de forma prejudicial em especial pelos trabalhadores braçais com o objetivo de aumentar sua força e resistência físicas.

Assim, tiveram início os primeiros debates em âmbito internacional sobre o controle de substâncias psicoativas, levando à realização, em 1909, da Conferência de Xangai. Os Estados Unidos defenderam o seu posicionamento proibicionista que já havia iniciado em âmbito interno, além de concordarem com os pedidos chineses de proibição do ópio, já que intentavam melhorar a relação entre os países e que o ópio era amplamente consumido por chineses que trabalhavam no país americano, notadamente na construção de estradas e ferrovias.

Apesar de contrariados – influenciados pelo Reino Unido –, os europeus concordaram com a proibição do comércio de ópio apenas para fins não medicinais. Os treze países participantes, assim, assinaram o acordo que selou o início de uma cooperação internacional para o controle de drogas.

A influência dos Movimentos de Defesa Social se mostrou de suma importância para a realização das primeiras convenções internacionais que pregavam por uma cooperação entre os países com o intuito de erradicar o uso de determinadas substâncias apontadas como especialmente perigosas. De acordo com essa ideologia, deveria ser realizada uma reforma do sistema penal de forma internacional, rompendo as fronteiras

²⁹ *Idem*, p. 51.

locais, entendendo que a criminalidade é um fator humano e aterritorial, apenas podendo ser resolvida através de uma cooperação internacional³⁰.

Segundo Salo de Carvalho, esse movimentos possuem como grande objetivo “a tutela da sociedade contra os criminosos através dos sistemas de prevenção do delito (prevenção geral negativa) e tratamento do delinqüente (prevenção geral positiva)”³¹.

Em 1912, seguindo a linha de cooperação internacional, foi realizada a 1ª Convenção sobre o Ópio de Haia. Novamente com forte influência americana, foi elaborado um documento de impacto mundial que exigia a proibição da venda do ópio, da morfina (derivada daquele) e, pela primeira vez, da cocaína, restringindo-se o uso dessas substâncias apenas para fins medicinais.

Algum tempo depois, os países sul-americanos, influenciados pela nova política americana e pela assinatura da 1ª Convenção de Haia sobre o Ópio de 1912, editaram as suas primeiras leis de drogas. A Bolívia e o Equador o fizeram em 1916, a Colômbia em 1920, o Peru em 1921 e a Venezuela em 1930. Já na Europa, a França criou sua primeira legislação sobre drogas em 1916, enquanto a Inglaterra e a Holanda o fizeram em 1920, a Suíça, em 1924 e a Alemanha, em 1929.

Em 1924, ocorreu a 2ª Convenção Internacional sobre o Ópio, em Genebra, na qual foi determinado que os países realizariam levantamentos estatísticos sobre o consumo, a produção e a fabricação de drogas, “implementando-se, assim, o primeiro sistema de monitoramento de drogas a nível internacional”³².

O grande marco dessa Convenção foi a inclusão da *cannabis* no rol de substâncias proibidas. Embora o foco inicial da reunião fosse tratar sobre o ópio e a cocaína, o representante do Egito solicitou a inclusão da *cannabis*, sob o argumento de que a mesma seria tão perigosa quanto as outras duas. O representante do Brasil igualmente se

³⁰ PIERANTI, Octavio Penna, *op. cit.*, 2007. Disponível em: <http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>. Acessado em 12 de out. de 2016.

³¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 37.

³² *Idem*, p. 39.

manifestou de forma favorável à proibição dessa substância, alegando que o nosso país estava sob risco devido ao uso cada vez mais comum da droga.

Apesar de alguma resistência do Reino Unido e de outros países e de não ter sido apresentada nenhuma comprovação da periculosidade da *cannabis*, decidiu-se por incluí-la no rol de substâncias extremamente perigosas.

Em 1931, teve lugar a 1ª Convenção de Genebra, a qual estabeleceu limites para a produção e distribuição de estupefacientes dentro dos países, de forma a atender tão somente às finalidades médicas e científicas.

Já em 1936, ocorreu a 2ª Convenção de Genebra, culminando no comprometimento entre os participantes de que seriam tomadas todas as medidas possíveis para acabar com a impunidade dos traficantes, incluindo facilitar a extradição.

Restava, portanto, consolidado o modelo proibicionista iniciado pelos Estados Unidos e a política de cooperação internacional para o controle, a nível mundial, de determinadas substâncias.

2. HISTÓRICO DO CONTROLE SOBRE O USUÁRIO DE DROGAS NO BRASIL

2.1. Influências para o início do proibicionismo em âmbito nacional

Para que seja possível compreender o cenário da criminalização do uso de drogas no Brasil, é necessário analisar toda a evolução histórica das leis nacionais sobre drogas, bem como os seus contextos sociais e políticos e as influências internas e externas existentes em cada momento de nossa história.

Em todo o mundo ocidental moderno, a atividade médica profissional foi o maior fator influenciador tanto para o início do uso de drogas quanto para a origem da criminalização do uso de determinadas substâncias³³. As primeiras substâncias psicoativas usadas pela medicina moderna foram o éter e a cocaína, os quais possuíam extrema importância na tentativa de evitar as dores causadas pelos ferimentos dos combatentes de guerra³⁴. Tendo em vista que a medicina era uma função recente, os médicos ainda não possuíam conhecimentos, técnicas tampouco instrumentos que lhes permitissem tratar de forma eficaz os ferimentos, muito menos de reduzir as dores por eles causadas.

No Brasil, a situação não foi diferente. Com relação ao éter, primeira cirurgia médica que utilizou essa substância é atribuída ao médico Roberto Haddock Lobo, em 1847. Historiadores afirmam³⁵ que Haddock Lobo foi influenciado pelas experiências de Willian Morton e Charles Jackson, em Massachussets, EUA.

O uso terapêutico da cocaína, por sua vez, era prática comum na medicina na composição dos denominados elixires ou tônicos – produtos médicos compostos por substâncias psicoativas amplamente consumidos no Brasil. Segundo Paulo César de Campos Morais, a partir “dessas prescrições, vendas e usos de medicamentos

³³ MORAIS, Paulo César de Campos. *Mitos e omissões: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte*. Disponível em: www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf, p. 1. Acessado em 24 de set. de 2016.

³⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 135.

³⁵ ADIALA, Júlio César. *A criminalização dos entorpecentes*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986, p. 62, apud MORAIS, Paulo César de Campos, *op. cit.*, p. 2-3.

inadvertidos de drogas com alta capacidade de vício fisiológico (principalmente opináceos) emergiu o primeiro contingente significativo de viciados”³⁶.

Com relação à criminalização sobre o uso de drogas, em um momento posterior, a influência dos médicos também se mostrou de grande importância no Brasil. Ao contrário dos Estados Unidos, onde a criminalização foi um fenômeno com intuito preventivo fomentado por políticos, juristas e religiosos; no Brasil, os médicos legistas e os psiquiatras pressionaram para o início de uma política repressiva³⁷.

2.2. As primeiras legislações nacionais sobre drogas

As primeiras legislações brasileiras que versavam sobre matéria penal não previam a criminalização do uso de substâncias. As Ordenações Filipinas – sistema jurídico português que vigorou durante o período do Brasil-Colônia, sendo a base do Direito no período colonial e também em parte da época do Império³⁸ – e o primeiro código criminal do Império, datado de 1830³⁹, não possuíam nenhuma norma prevendo a ilicitude de qualquer substância, seja com relação ao uso ou ao comércio.

De acordo com Luciana Boiteux, a primeira previsão de proibição do uso de drogas remonta a 1890, no Primeiro Código Penal da República, o qual previa em seu artigo 159 a proibição de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades exigidas pela lei”. A exigência de autorização e das formalidades legais fazia com que a comercialização das “substâncias venenosas” ficasse restrita aos boticários, aos médicos e aos cirurgiões. Note-se que não havia a previsão ainda de uma incriminação específica, uma vez que a pena prevista era apenas a multa. No entanto, com relação ao uso dessas substâncias, o mesmo ainda permanecia amplamente legalizado⁴⁰.

³⁶ MORAIS, Paulo César de Campos, *op. cit.*, p. 3.

³⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 134.

³⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>, p. 1. Acesso em 24 de set. de 2016.

³⁹ LUISI, Luiz. *A legislação penal brasileira sobre entorpecentes*: notícia histórica. Fascículos de Ciências Penais. Ano 3. v. 3. n. 2. abr./mai./jun. 1990, p. 152, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 135.

⁴⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 136.

A partir da ratificação da Convenção de Haia sobre o Ópio de 1912, teve início a internalização de uma forma de criminalização ampla e de escala global influenciada pelos Estados Unidos, a qual Nilo Batista apelidou de *modelo sanitário*⁴¹.

Em 1921, foi editado o Decreto nº 4.294/21, o qual, pela primeira vez, expressamente previu a pena de prisão (de 1 a 4 anos) para quem comercializasse ou ministrasse ópio, cocaína ou qualquer produto deles derivados, sem autorização. Além disso, o referido Decreto previa também penas para qualquer cidadão que fosse flagrado em estado de embriaguez⁴² – tanto a denominada “escandalosa” quanto a “habitual” –, bem como para aqueles que vendessem mais bebidas alcoólicas a quem já se encontrasse embriagado. Ocorreu, então, uma forte campanha por parte dos médicos, que exigiam a fiscalização de todas as farmácias e a aplicação da pena de prisão a quem desrespeitasse essa norma.

Em 1932, o Governo Provisório de Getúlio Vargas, seguindo suas sucessivas modificações estruturais no Brasil, editou o Decreto nº 20.932/32, modificando as leis penais vigentes. O artigo 25 desse Decreto expressamente criminalizou o uso de determinadas substâncias, dentre elas o ópio, a cocaína e a maconha.

Segundo Nilo Batista, referido Decreto também proibiu a posse ilícita dessas substâncias sem receita médica ou em quantidade superior àquela indicada na receita, o fornecimento de locais para uso de drogas, e a prescrição do uso de drogas pelo médico sem a devida necessidade.⁴³ Com um maior controle dos médicos sobre a vida da população, foi implantado o que Nilo Batista denomina de *sistema médico-policia*⁴⁴, fomentado pelas medidas higienistas que eram tomadas com relação ao contágio e infecção por febre amarela e varíola no Brasil.

Por esse sistema, os “viciados” eram tratados como doentes, estando sujeitos à internação, que podia ser facultativa ou compulsória caso alguém de sua família o requeresse. O tratamento domiciliar era proibido. A internação somente chegava ao fim

⁴¹ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. In: Discursos Sediciosos. Ano 3. ns. 5-6, 1- 2. sem. 1998, p. 79.

⁴² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 137.

⁴³ BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁴ *Idem*, p. 81.

se o médico responsável pelo usuário assinasse um atestado “de cura”. O usuário, portanto, estava sujeito a um controle médico-social intenso, bem adequado ao modelo sanitário da época”⁴⁵.

A Consolidação das Leis Penais (CLP) foi editada ainda em 1932 e, apesar de não criminalizar o uso de drogas, previa o crime de “ter em casa, ou sob sua guarda, qualquer substância tóxica de natureza analgésica ou entorpecente, sem prescrição médica”, sob pena de prisão de 3 a 9 meses”. Essa pena poderia ser substituída por uma internação em estabelecimento hospitalar, desde que houvesse um laudo médico que atestasse que o usuário era toxicodependente. Tal lei previa a possibilidade de aplicação da pena de “exclusão e trancamento da matrícula pelo tempo da pena, e mais um ano, de alunos de qualquer estabelecimento de ensino, condenado pela prática de entorpecente”. No caso de reincidência, as penas eram aplicadas em dobro⁴⁶.

Segundo Salo de Carvalho, em continuação ao movimento de “internacionalização do controle de drogas”⁴⁷, em 1933 e 1934, respectivamente o Brasil ratificou a Segunda Convenção sobre o Ópio de 1925 e a Primeira Convenção de Genebra de 1931.

Em 1937, ocorreu o golpe de Estado de 1937, dando início ao período ditatorial de Getúlio Vargas. Como em toda ditadura, houve o fechamento do Congresso, a censura e o esmagamento das liberdades individuais. Nessa época, pelo Decreto nº 891/38, houve a “Lei de Fiscalização de Entorpecentes”. Sob influência da 2ª Convenção de Genebra de 1936, esse Decreto previu a criminalização do consumo de entorpecentes, com pena de 1 a 5 anos de prisão, além da impossibilidade de livramento condicional do condenado – ideia que foi seguida pelas legislações seguintes. Pela primeira vez, todas as substâncias que eram alvo do controle penal estavam expressamente enumeradas na legislação⁴⁸.

⁴⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 138.

⁴⁶ *Idem*, p. 139.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 7ª edição, 2014, p. 21.

⁴⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 138.

Alguns anos depois, Getúlio Vargas editou o Código Penal de 1940, o qual teve especial importância com relação aos usuários, uma vez que descriminalizou o consumo de drogas⁴⁹. É de se destacar que o Código Penal de 1940 ainda está em vigor até os dias atuais.

Embora tenham havido diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais com relação ao artigo 281 do Código Penal de 1940⁵⁰, o consumidor/usuário não estava abrangido pela redação deste artigo. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando provocado a decidir a cerca do âmbito de incidência desse artigo, decidiu também pela descriminalização do usuário por via jurisprudencial.

No Código Penal de 1940, permaneceu privilegiada a visão médica do usuário, o qual, para Nelson Hungria, era “um doente que precisa de tratamento, e não de punição”⁵¹. Foi introduzida a técnica da adoção de uma lei penal em branco, dependendo de lei extravagante que definisse quais seriam as substâncias consideradas ilícitas. Para Luciana Boiteux:

A explicação dada para a adoção de leis penais em branco nos crimes de tóxicos estaria na alegada “criatividade dos traficantes”, que demandaria uma maior flexibilização para a alteração da lista das substâncias proibidas. Na realidade, atribui-se um maior poder às autoridades, que legislam sobre matéria de drogas sem depender de lei em sentido estrito.⁵²

Portanto, é possível verificar que, a partir de 1912 e da adoção do modelo sanitário, o controle sobre o usuário de drogas foi crescendo paulatinamente ao longo das legislações brasileiras, aumentando pouco a pouco o número de verbos contidos nos dispositivos legais que tratavam da proibição do uso de drogas. Eugenio Raúl Zaffaroni define esse fato como o fenômeno da *multiplicação dos verbos*⁵³, momento característico vivido pela América Latina no início do Século XX, sob forte influência

⁴⁹ BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁰ “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:”. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense V. IX, 1959, p. 139.

⁵² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 141.

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación “antidroga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário*. In: Fascículos de Ciências Penais. Edição especial. Drogas: abordagem interdisciplinar. v. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, p. 18.

do modelo proibicionista internacional. A contramão disso veio apenas com a edição do Código Penal de 1940, no qual teve lugar a despenalização do consumidor de drogas, ficando as ações coercitivas do Estado restritas à figura dos comerciantes.

2.3. A Ditadura Civil-Militar e a Guerra às Drogas

No plano internacional, foi realizada a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a 1ª Convenção das Nações Unidas, que instituiu o início da política de militarização da segurança pública, a denominada “guerra às drogas”. Foi estabelecido um amplo sistema internacional de controle de drogas, delegando a legitimidade para operar a “guerra às drogas” às agências de inteligência dos Estados Unidos.

No âmbito interno, com o golpe civil-militar de 1964, surgiu a “Ideologia de Segurança Nacional”⁵⁴, com fundamento ideológico de justificativa do combate aos opositores políticos. Em nome da dita “segurança nacional”, o Estado retirava os direitos dos cidadãos, em especial das liberdades e garantias individuais, para garantir a “ordem” e combater o inimigo em comum, o opositor. Assim, instaurou-se um sistema penal completamente autoritário.

É de se observar que a separação entre o “bem” e o “mal”, influenciada pela Ideologia de Segurança Nacional, tomou o mundo após a Segunda Guerra Mundial e, ainda mais, com os acontecimentos da Guerra Fria. Com a divisão do mundo em dois lados extremos – os EUA e a URSS –, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que a Ideologia da Segurança Nacional representava:

uma tese simplista que alucinava um estado de guerra total e permanente, o qual comprometia todo o planeta. Daí sacrificar-se tudo nessa guerra até aniquilar o comunismo, motivo da emergência de turno. Os estados policiais se reservam à função de determinar quem, em cada caso concreto, era o inimigo, dentro de uma nítida tradição schmittiana. Valia-se da militarização de toda a sociedade, onde os seres humanos e seus direitos se subordinavam ao objetivo primário de modelo de defesa do Estado, ainda que para isso montassem um estado de polícia que era sua negação [...].⁵⁵

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 363.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 39.

Assim, as agências repressivas possuíam papel fundamental na repressão dos “inimigos” de cada bloco. De acordo com Octavio Penna Pieranti:

era preciso defender a nação de inimigos, de amigos e de si próprio, já que no âmbito nacional poderiam estar incrustadas forças ligadas ao bloco adversário. Se ninguém era a priori confiável, em quem se deveria confiar? Apenas no ente que, representando a sociedade e, em tese, escolhido ou aceito por ela, poderia defendê-la, ao apontar caminhos para a garantia da Segurança Nacional – ou seja, os diferentes governos à frente da máquina estatal.⁵⁶

Com relação ao controle sobre o uso de drogas nessa época, Nilo Batista considera o ano de 1964 como o “marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal para drogas”⁵⁷. Entretanto, o modelo sanitário anterior foi mantido, ainda que de forma residual, ocasionando um discurso duplo.

Esse discurso duplo é definido como o *modelo médico-jurídico*⁵⁸, o qual se caracteriza por trazer uma distinção entre o consumidor de drogas e o traficante. Se, por um lado, o usuário ainda era tratado como um doente (seguindo o modelo médico-sanitário anterior), sofrendo o estereótipo da dependência, o traficante era o corruptor da sociedade, um delinquente que deveria ser combatido.

Durante a ditadura militar, pela primeira vez foi criminalizado o plantio de espécies utilizadas na produção de entorpecentes, anfetaminas e alucinógenos, a partir da Lei nº 4.451/66 e do Decreto-Lei nº 159/67.

Posteriormente, foi editado o Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968, fechando o Congresso Nacional e concluindo o regime ditatorial.

Segundo Luciana Boiteux, um marco importante com relação a drogas foi a outorga do Decreto-Lei nº 385, de 26/12/1968 – apenas 13 dias após a edição do AI-5, trazendo uma nova legislação sobre drogas. Tratava-se de uma legislação extremamente repressiva, a qual não só trouxe de volta a criminalização do usuário de drogas, como o

⁵⁶ PIERANTI, Octavio Penna, *op. cit.*, 2007. Disponível em: <http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>. Acessado em 12 de out. de 2016.

⁵⁷ BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 142 e 143.

equiparou o mero usuário à figura do traficante, aplicando-lhe pena de 1 a 5 anos de prisão e multa. Foi mantida a opção pela técnica legislativa da lei penal em branco, dependendo de uma lei extravagante que definisse as substâncias ilícitas.

Segundo Salo de Carvalho, este Decreto caracterizou um “rompimento com o discurso oficial fundamentado pela ideologia da diferenciação entre traficante e usuário”⁵⁹. Desta forma:

Enquanto anteriormente o usuário era visto sob o ponto de vista clínico e não penal, como quem precisava de tratamento e não de punição, houve uma mudança drástica de política criminal, que provocou a indignação de juristas e alguns magistrados. Dentre eles, o Juiz Hélio Sodré, que se insurgiu contra o regime autoritário, questionando a validade do depoimento de policiais que tinham participado da prisão em flagrante do usuário³³². No entanto, o espírito repressor da época contagiou alguns juízes, defensores da criminalização do usuário como forma de combater o tráfico, por meio de um discurso repressivo alinhado com as orientações internacionais, como se nota dos comentários datados de 1972, por parte do então Juiz de Direito da 13a . Vara Criminal de São Paulo:

“o Dec.-lei nº 385/68 apresenta outro mérito que é o de alcançar, na proibição legal, a figura do próprio consumidor das substâncias proibidas... E nada mais lógico uma vez que, combatida e restringida a classe dos viciados, evidentemente, por via oblíqua, também se combateria a traficância. Não havendo quem compre, não haverá quem venda. É a velha lei da oferta e da procura...”⁶⁰

Esse aumento desmedido da repressão aos usuários não foi por acaso: havia uma tentativa dos militares de aumentar as formas de controle sobre os opositoristas de esquerda. Isso porque, desde a década de 60, o consumo de drogas teve uma crescente popularização entre os manifestantes políticos, opositores a regimes estabelecidos e táticas de governos, bem como entre a juventude marcada por posições divergentes e protestos estudantis. O governo ditatorial importou do governo conservador dos Estados Unidos o discurso da “demonização das drogas”⁶¹ como forma de convencer a população da necessidade de se reprimir o uso dessas substâncias.

Mais adiante, durante o governo do General Emílio Médici – o momento mais violento da ditadura –, foi editada a Lei nº 5.726/71, que trouxe a aplicação de medida de segurança de internação para tratamento psiquiátrico destinada à “recuperação do

⁵⁹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 144.

⁶¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 24.

infrator viciado”. Caso houvesse a “recuperação completa” do usuário, seria extinta a sua punibilidade.

Referida lei expressamente caracterizava o uso de drogas como um crime contra a segurança nacional, permitindo investigação sumária de 5 dias. Esse fato reforça a ideia de que a repressão aos usuários nada mais era do que uma tentativa de criminalizar os opositores ao regime, identificados como “inimigos internos”. O discurso da guerra às drogas buscava, por meio da guerra às drogas, a eliminação do mal⁶².

Portanto, no lugar da recuperação do infrator, passou-se a ter um sistema que visava a uma ação prática de resolução do problema criminal: a eliminação do inimigo. Com o auxílio de um sistema penal favorável a restringir garantias individuais, o Brasil aderiu de vez o discurso de “guerra às drogas”, tratando o usuário como um inimigo que, como tal, deveria ser aniquilado por um sistema bélico de segurança pública.

2.4. A abertura política e a Lei de Tóxicos de 1976

Ao fim da Ditadura Militar, o Brasil passou por um processo de reabertura política, com o retorno de algumas ideias liberais. Nesse contexto, em 1976, foi editada a Lei nº 6.368, a Lei de Tóxicos de 1976, que vigorou por 30 anos no Brasil – sendo posteriormente revogada apenas pela edição da Lei de Drogas de 2006.

Embora o primeiro capítulo da referida previsse a prevenção ao uso de drogas, a maioria dos seus dispositivos mantinha a adoção de uma política repressiva, com a aplicação de penas coercitivas sobre os usuários. Esta lei trazia como pressupostos:

- i) o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes devem ser combatidos mediante prevenção e repressão e representam um perigo abstrato para a saúde pública; ii) o combate às drogas ilícitas representa um apelo eugênico-moralista na luta do bem contra o mal; iii) implementação no Brasil do modelo internacional da guerra contra as drogas, nos moldes norte-americanos.⁶³

⁶² BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 87.

⁶³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 147.

Seu grande marco foi realizar novamente a separação entre o crime de uso de drogas e o crime de tráfico, diminuindo a pena para o usuário para prisão de 6 meses a 2 anos e multa.

Foi mantido um dispositivo prevendo a inimputabilidade de pessoas dependentes dos tóxicos que utilizavam. Contudo, mesmo não tendo cometido nenhum crime – tendo em vista sua inimputabilidade –, essas pessoas eram submetidas a um tratamento obrigatório. Esse fato reforça a influência da visão médica sobre o controle de drogas, tratando o usuário como uma pessoa fraca, doente e sem vontade própria, podendo ser compelido a um tratamento forçado. Já o usuário em situação de “semi-dependência”, apesar de ser considerado imputável, tinha sua pena reduzida pela metade. Ainda assim, na prática, quase nenhum usuário era considerado inimputável, tendo em vista que essa norma não seria aplicada se, no momento do uso da droga, o mesmo possuísse capacidade intelecto-volitiva.

O cultivo de plantas utilizadas na elaboração de drogas foi classificado como tráfico, ainda que para uso próprio. Segundo Luciana Boiteux, na jurisprudência, felizmente, houve decisões no sentido de que, se a plantação fosse para uso próprio, o réu deveria ser classificado no crime autônomo de uso e não no crime de tráfico.

Foi mantida a técnica legislativa de se criar uma lei penal em branco, cuja lista de substâncias ilícitas deveria ser elaborada por uma portaria do Ministério da Saúde. A lei trouxe ainda alterações no sistema processual penal que prejudicavam o usuário, tal como a obrigação de o réu se recolher a prisão para que possa apelar de uma sentença.

Em 1977, foi promulgada a Convenção das Nações Unidas sobre Drogas Psicotrópicas de 1972, caracterizada por instituir um sistema internacional que atribuía responsabilidades individuais a cada país signatário sobre o controle da produção, distribuição e comércio de substâncias entorpecentes. Proibiu também não só o fumo e a ingestão do ópio, como a mera mastigação da folha de coca. A maconha teve apenas o seu uso médico ainda permitido.

Deste modo, consolidou-se a inserção do Brasil ao modelo internacional de controle de drogas. Segundo Luciana Boiteux:

Esse modelo político-criminal traçou “novos estereótipos e nova legitimação repressiva” com a estigmatização do “inimigo interno”, que seria o traficante de drogas, ao mesmo tempo em que flexibilizou a punição do usuário, o que constitui a marca do controle penal sobre drogas no Brasil daí por diante, em especial a partir de 2000.⁶⁴

Nesse modelo internacional, os Estados Unidos tiveram papel de protagonistas ao definirem a figura dos “inimigos externos”, que eram os não só os traficantes latino-americanos, os quais produziam as substâncias e as exportavam para o resto do mundo, causando transtornos às famílias norte-americanas. Tinha-se uma diferenciação entre o usuário, o consumidor norte-americano, que era tratado como vítima; e o traficante, que era o produtor latino-americano, esse sim tratado como o criminoso.

Assim, ocorreu uma espécie de “tropicalização” do discurso repressivo⁶⁵, no qual a responsabilidade pelos problemas decorrentes das drogas era transferida aos países produtores, notadamente os países latino-americanos.

Os Estados Unidos, através de seus órgãos policiais internos, em especial a DEA (*Drugs Enforcement Administration*), passaram a realizar diversas ações de controle e repressão aos produtores de drogas na América Latina, nas décadas de 80 e 90.

O “discurso da segurança nacional” – que separava os cidadãos entre “bons” e “subversivos” – foi adaptado para se tornar o “discurso da segurança urbana” – separando os cidadãos entre “bons” (os das classes sociais mais altas) e “maus” (os delinquentes, marginais e traficantes das classes baixas). Esse discurso:

ajudou a manter a característica principal do sistema penal brasileiro: a superlotação das prisões, habitadas pelos estratos sociais mais desfavorecidos da sociedade, o que foi reforçado pela política criminal de drogas nas décadas seguintes.⁶⁶

Ao final da década de 70, em que pese nenhuma alteração tenha sido realizada na legislação específica sobre drogas, é de se destacar a criação do instituto da suspensão condicional da pena (o *sursis*), criado através da Lei nº 6.416/77, que alterou a redação do Código Penal de 1940, prevendo que:

⁶⁴ *Idem*, p. 151 e 152.

⁶⁵ *Idem*, p. 152.

⁶⁶ *Idem*, p. 154.

Art. 696 - O juiz poderá suspender, por tempo não inferior a dois nem superior a seis anos, a execução das penas de reclusão e de detenção que não excedam a dois anos, ou, por tempo não inferior a um nem superior a três anos, a execução da pena de prisão simples, desde que o sentenciado:

I - não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

(...)

Art. 698 - [...]

§ 2º Poderão ser impostas, além das estabelecidas no artigo 767, como normas de conduta e obrigações, as seguintes condições:

I - freqüentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar;

II - prestar serviços em favor da comunidade;

III - atender aos encargos de família;

IV - submeter-se a tratamento de desintoxicação. (...)

Este novo instituto acabou por beneficiar o usuário de drogas, uma vez que o crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 estipulava pena de “detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa” para quem portasse substâncias ilícitas para uso próprio.

Entretanto, isso não retirou por completo o controle penal sobre o usuário, pois o mesmo ainda deveria permanecer sujeito a condutas e obrigações, por um certo período de tempo, em substituição à pena restritiva de liberdade. Caso a pessoa fosse flagrada portando substâncias ilícitas novamente dentro desse período, o *sursis* era revogado e o usuário retornaria a estar sujeito à prisão. No caso das pessoas que já haviam desenvolvido vícios relacionados às substâncias, ser pego novamente portando drogas era uma possibilidade – e uma realidade – frequente.

Daí porque, ao mesmo tempo em que a alteração legislativa reduzia o estigma da reincidência, deve ser criticada pela falta de comprometimento com a realidade dos fatos e com a harmonia do sistema. Isso sem mencionar a total ausência de uma política racional de drogas para o viciado, que incluísse a prevenção. A alteração legislativa de 1995 não foi integrada dentro de uma proposta ampla de alteração da lei de drogas, mas sim veio de repente e atingiu por acaso o delito de uso, apenas em virtude da escala penal prevista em lei. Manteve-se, portanto, o controle penal sobre o usuário, apesar da aparente liberalidade.⁶⁷

⁶⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 159.

2.5. A Constituição da República Federativa de 1988 e a Lei de Crimes Hediondos

Com os chamados Movimentos Lei e Ordem e a Ideologia de Segurança Urbana, o Direito Penal se sedimentou como o meio mais adequado para a resolução do problema do uso de drogas no Brasil. Esses Movimentos foram especialmente impulsionados pelos ideais contrários à contracultura, reivindicando a manutenção dos padrões morais e religiosos da sociedade brasileira⁶⁸.

A mídia passou a ser utilizada como importante instrumento de propagação da ideia de que existe um perigo iminente e contínuo na sociedade, legitimando as ações repressivas estatais e a flexibilização de garantias individuais, com o objetivo de assegurar “o cumprimento da lei” e a “ordem”. Como bem aduz Alessandro Baratta:

Na opinião pública se realizam, enfim, através do efeito da ‘mídia de massa’ e da imagem da criminalidade que transmitem processos de indução de alarma social, que em certos momentos de crise do sistema de poder são manipulados diretamente pelas forças políticas interessadas no curso das chamadas campanhas de “lei e ordem”, mas que, independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente visando a conservação do sistema de poder, ocultando a consciência de classe e produzindo a falsa representação de uma solidariedade que une todos na luta comum contra um inimigo interno.⁶⁹

Segundo Luciana Boiteux:

Com nova roupagem, a velha “ideologia da segurança nacional” tornou-se “ideologia da segurança urbana”, com a importação pelo Brasil do modelo norteamericano de controle do crime, que prega o reforço do controle social sobre as classes mais baixas mediante o aumento do número de presos. A conseqüência da implementação desse modelo no país foi, claramente, a potencialização dos graves problemas do sistema penitenciário brasileiro, sem que se tivesse conseguido resolver o problema da criminalidade, uma vez que foram ignoradas as raízes sociais e econômicas da maioria dos crimes registrados no Brasil.⁷⁰

A mídia, notadamente a mídia sensacionalista, cria a sensação de alarde social, ampliando a repercussão de notícias de interesse somente local para o âmbito nacional.

⁶⁸ PIERANTI, Octavio Penna, *op. cit.*, 2007. Disponível em: <http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>. Acessado em 12 de out. de 2016.

⁶⁹ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 218 (tradução livre).

⁷⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 156.

O sentimento de “revolta” contra os criminosos, disseminada na população, legitima a atuação policial repressiva e a caracteriza como a melhor saída para o problema da criminalidade. Salo de Carvalho interpreta esse momento como um período em que:

[...] tais ações reproduziriam a crença no sistema penal como único meio eficaz de combate à criminalidade, logrando, entre outros efeitos, a criação de demandas às agências internacionais de controle, a deterioração dos valores ligados aos direitos humanos e suas garantias e a promoção de fratura artificial da sociedade (bem versus mal).⁷¹

Neste cenário, foi editada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao fim da Ditadura Militar. Embora a mesma tenha surgido como uma resposta democrática aos regimes autoritários anteriores que viveu o Brasil, paradoxalmente, no contexto da política criminal, o que se observou foi o endurecimento de penas e uma maior rigidez no controle sobre drogas.

Com efeito, no mesmo capítulo em que prevê os direitos e garantias individuais, a Constituição de 1988 prevê, no art. 5º, XLIII, o crime de tráfico como um crime hediondo, sendo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Em consonância, foi promulgada a Lei nº 8.072/90, a Lei de Crimes Hediondos, a qual passou a equiparar o crime de tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos (latrocínio, extorsão qualificada, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com morte, envenenamento qualificado e genocídio), aumentando sua pena e restringindo as garantias. Nas palavras de Luciana Boiteux:

A consequência foi a obrigatoriedade da prisão cautelar, a proibição da fiança, da liberdade provisória, da graça, anistia e indulto, além de ter sido vetado o recurso do acusado em liberdade. Impediu-se também a possibilidade de progressão de regime prisional, incluída no texto da lei, mesmo após ter sido excluída do anteprojeto³⁷², o que fez com que a lei ordinária fosse mais longe do que previu a Constituição de 1988.⁷²

Em 1991, o Brasil internacionalizava, por meio do Decreto nº 8.257/91, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988. Dentre as principais previsões dessa convenção,

⁷¹ CARVALHO, Salo de, *op. cit.*, p. 45.

⁷² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 157.

destaca-se que a mesma relacionou o problema das drogas à conduta dos traficantes, fortalecendo a ligação entre a política de drogas e o crime organizado.

Não serão aqui analisadas questões mais detalhadas sobre essas alterações legislativas, uma vez que seus maiores impactos foram com relação ao crime de tráfico de entorpecentes, o qual não é objeto deste estudo. Contudo, faz-se mister citar referidos acontecimentos, para que seja possível concluir que a década de 90 foi marcada por um aumento na diferenciação do controle penal entre o consumidor usuário (que apenas compra drogas para uso próprio) e o consumidor-trafficante (que, sem possuir recursos para manter seu vício, acaba por traficar para obter dinheiro e drogas).

Em 1995, foi editada a Lei nº 9.099/95, criando as figuras dos Juizados Especiais Criminais (JECs) e trazendo novos institutos despenalizadores, dentre eles a transação penal e a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

A suspensão condicional do processo foi aplicada em grande proporção ao delito de uso de drogas, ao estelionato e ao homicídio culposo. Entretanto:

A alteração legislativa de 1995 não foi integrada dentro de uma proposta ampla de alteração da lei de drogas, mas sim veio de repente e atingiu por acaso o delito de uso, apenas em virtude da escala penal prevista em lei. Manteve-se, portanto, o controle penal sobre o usuário, apesar da aparente liberalidade.⁷³

Antes da virada do século, foi editada a Lei nº 9.714/98, a qual ficou conhecida como “Lei das Penas Alternativas”. Referida lei previu duas novas penas alternativas: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Segundo Luciana Boiteux, “as razões para a edição da Lei n. 9.714/98 foram ao mesmo tempo humanistas e utilitárias”. Humanitárias no sentido de “reduzir a incidência da pena privativa de liberdade, de caráter degradante, e implementar alternativas não estigmatizantes”, e utilitárias, pois

⁷³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 159.

“pretendia-se igualmente reduzir a superlotação carcerária e os altos gastos com a manutenção de presos”⁷⁴.

Com relação ao delito de uso puro e simples de drogas, foram previstos institutos despenalizadores (o *sursis*, em 1995, e a suspensão condicional do processo, em 1998), possibilitando a extinção da punibilidade sem que tenha havido prisão. Por outro lado, o usuário que também traficava, ainda que de bons antecedentes, não possuía direito à liberdade provisória, à fiança e a ele era imposto o regime integralmente fechado.

Deve ser criticado, portanto, a maneira pouco racional, e casual, dos processos de alteração legislativa no Brasil, em especial ocorridos durante a década de 90. Quanto à política de drogas no Brasil, o século XX termina com a marca de uma legislação que impôs o forte agravamento das condições de cumprimento de penas por crimes hediondos, dentre os quais o tráfico de entorpecentes, ao mesmo tempo em que o movimento despenalizador só atingiu delitos considerados mais leves, dentre eles o uso de entorpecentes, sem que a sociedade tivesse condições de refletir seriamente sobre a política criminal mais adequada.

A legislação de drogas brasileira acabou por reforçar o grande fosso existente entre as camadas mais altas e mais baixas da população. Para os traficantes, mesmo os de pequeno porte ou viciados, pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, de no mínimo três anos, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Aos usuários de drogas sem antecedentes, não-viciados, que possuem condições de comprar droga sem traficar, a despenalização.⁷⁵

2.6. A Política de redução dos danos da década de 1990

Ao mesmo tempo em que se fortalecia a repressão na política de drogas brasileira da década de 90, caracterizado como punitiva e repressora; na contramão, foram realizadas as primeiras tentativas de uma política mais humanizadora no sentido de reduzir de danos causados pelo uso de drogas, notadamente com relação à transmissão de HIV, uma vez que a AIDS se tornava uma epidemia à época.

Nesse contexto, destaca-se o Programa de Troca de Seringas (PTS), uma política de distribuição gratuita de seringas na cidade de Santos – SP – um dos locais com maior número de casos de pessoas infectadas por HIV em decorrência do uso de drogas na década de 90. Os maiores objetivos do programa eram evitar o compartilhamento de

⁷⁴ *Idem*, p. 160.

⁷⁵ *Idem*, p. 163.

seringas e agulhas durante o uso de drogas injetáveis, bem como alertar para a necessidade de prevenção da doença e para os riscos que ela causava.

Entretanto, foram realizadas diversas ações por parte da polícia e do Ministério Público contra os idealizadores dessa ideia, sob o argumento de que os mesmos estaria praticando o delito de induzir, instigar ou contribuir para o uso de drogas⁷⁶. Apesar dessa tentativa de cercear a proteção da saúde dos usuários de drogas, essa experiência influenciou outras políticas de redução de danos que começaram a ser tomadas no Brasil, em especial após a consolidação desse modelo em países como Holanda e Suíça: em 1995, a Bahia realizou seu projeto; em 1997, São Paulo aprovou lei que oficializou a política no estado; Rio de Janeiro e Santa Catarina seguiram a ideia; até que foi criada a ABORDA – Associação Brasileira de Redutores de Danos⁷⁷.

Apesar das iniciativas do Brasil e de outros países, a comunidade internacional refutava a adoção da prática reducionista. A ONU reconheceu a atividade como estratégia de prevenção a doenças relacionadas ao uso de drogas apenas em 1998, mas de forma ainda tímida. Apenas em 2005, a política de redução de danos foi oficialmente reconhecida como integrante da Saúde Pública brasileira. Por meio da Portaria nº 1.028/05 do Ministério da Saúde, o Governo Federal previu a distribuição de seringas, preservativos e demais insumos usados nas injeções de drogas (como hipoclorito de sódio e lenços para limpar o local de aplicação). No entanto:

Embora tenha havido um grande avanço, são poucas as ações oficialmente reconhecidas de redução de danos, tendo sido previstas na portaria ministerial de 2005, de forma genérica: i) informação, educação e aconselhamento; ii) assistência social e à saúde; iii) disponibilização de insumos de proteção à saúde e de prevenção ao HIV/Aids e Hepatite. Prevê-se como conteúdo necessário das ações a informação sobre riscos relacionados a drogas que causam dependência, incluindo o alerta para o perigo do compartilhamento, e da distribuição conjunta de instrumentos utilizados para consumo, como agulhas e seringas, além da informação sobre outras formas de contágio e a distribuição de preservativos. A questão da oferta de tratamento na rede pública de saúde é tratada pela portaria como um direito do dependente, dentro de uma estratégia necessária de prevenção e apoio ao uso abusivo de drogas, inclusive a orientação sobre prevenção da intoxicação aguda (overdose).⁷⁸

⁷⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 165.

⁷⁷ REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 165.

⁷⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 167.

3. O SÉCULO XXI E A CONSOLIDAÇÃO DO PROIBICIONISMO MODERADO NO BRASIL

Após a virada para o Século XXI, a política de drogas oficial do Brasil se caracterizava como um proibicionismo moderado (BOITEUX, 2006a): se, por um lado, a posse de drogas para uso pessoal foi praticamente despenalizado, o crime de tráfico de drogas teve as penas aumentadas e as condições de cumprimento da pena enrijecidas. Assim, simultaneamente ao fomento da repressão, foi possível surgir métodos adicionais de política, a exemplo do implemento da política de redução de danos.

3.1. A despenalização acidental, em 2001

O ano de 2001 possuiu extrema importância com relação ao delito de uso de drogas, uma vez que acabou por consolidar a despenalização do usuário.

Embora a Lei nº 6.416/77 já tenha previsto o *sursis* para o crime de uso de drogas – reduzindo a aplicação de penas privativas de liberdade –, a mesma não trouxe de forma completa uma despenalização, visto que ainda restava a possibilidade de prisão em flagrante da pessoa que fosse encontrada portando substâncias ilícitas. O usuário poderia ser preso e deveria pagar fiança para responder o processo em liberdade. Já o *sursis* era aplicado somente após o oferecimento da denúncia criminal por parte do Ministério Público e o início de um processo criminal. Logo, o usuário apenas não era enviado à prisão, mas sofria todas as demais consequências advindas de uma condenação penal.

Já a Lei 9.099/95, em que pese tenha trazido o instituto da suspensão condicional do processo, o sujeito não poderia ser flagrado novamente portando substâncias ilícitas, o que, no caso dos usuários que possuíam dependência, era algo recorrente, fazendo com que o mesmo tivesse o *sursis* processual revogado e estivesse sujeita a uma pena de prisão. Portanto, até esse momento, não é possível se falar que havia sido concretizado, de fato, o fenômeno da despenalização do usuário no Brasil. Apenas em 2001, com a edição da Lei nº 10.259/01, restou caracterizada essa despenalização.

A mencionada lei criou os Juizados Especiais Federais (JEFs) e incluiu os crimes de menor potencial ofensivo – aqueles apenados com pena máxima de até dois anos –

no âmbito de delitos sujeitos ao procedimento sumaríssimo, nos Juizados Federais. Embora a lei fosse silente a respeito dos Juizados Estaduais, devido a interpretação jurisprudencial, a mesma passou a ser aplicada também para os crimes julgados pela Justiça Estadual⁷⁹.

Desta forma, o crime de uso de substâncias ilícitas, previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, passou a ser processado mediante o procedimento sumaríssimo, uma vez que a pena prevista era de detenção de 6 meses a 2 anos. Esse procedimento tem como característica o fato de evitar a aplicação de penas restritivas de liberdade.

Em que pese a despenalização completa ter sido uma medida extremamente favorável ao usuário de drogas, deve-se ressaltar que a mesma ocorreu apenas por via indireta, quase que acidentalmente. Não foi editada uma lei que previsse a despenalização do usuário como uma novidade no sistema de drogas brasileiro e na abordagem dada ao tema. Pelo contrário, o delito de uso de drogas foi, por acaso, incluído no âmbito de previsão da lei.

Por fim, ressalte-se a visão de Vera Malaguti Batista, no sentido de que essa despenalização indireta acabou por reforçar as diferenças entre o usuário-consumidor (aquele de classe média e alta) e o usuário-traficante (aquele de classes mais baixas que, sem recursos, acaba por traficar para poder sustentar o próprio uso). Nas palavras da autora:

“a juventude de classe média e alta já conta com mecanismos privados de descriminalização. Os projetos de descriminalização do usuário deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico a que estamos submetidos”.⁸⁰

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. Juizados Criminais Federais: seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *epub* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006a, p. 175.

⁸⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

3.2. A Lei de Tóxicos de 2002

Em 2002, foi aprovada no Congresso Nacional a Lei nº 10.409/02, que tinha como objetivo revogar a então vigente Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76) e trazer uma nova disciplina à matéria. Entretanto, quando encaminhada para sanção do Presidente da República, a lei foi vetada em sua maior parte, com destaque para o veto integral do Capítulo III, que tratava dos delitos e das penas. Assim, foi vetada completamente a parte penal da Lei, tendo sido sancionada apenas a parte processual.

Nas palavras de Luciana Boiteux, “a nova lei de tóxicos foi tida por alguns autores como ‘verdadeiro mostrengo jurídico’, diante dos trinta e cinco vetos da Presidência da República, que atingiram cerca de 83% do texto”⁸¹.

Diante dos inúmeros vetos do Presidente da República e depois de uma série de divergências doutrinárias, a jurisprudência majoritária se consolidou no sentido de que seria aplicável a penas a parte processual da Lei de Tóxicos de 2002, já que a parte penal havia sido vetada. No entanto, houve posição contrária ao dito “esfacelamento” de uma lei penal⁸².

Com relação à parte processual, a qual entrou em vigor pela Lei nº 10.409/02, é de se destacar a positivação da redução de danos, no art. 12 (cujo caput foi vetado):

§ 1º O tratamento do dependente ou do usuário será feito de forma multiprofissional e, sempre que possível, com a assistência de sua família.

§ 2º Cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução dos danos sociais e à saúde.

§ 3º As empresas privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do dependente ou usuário de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, ou que causem dependência física ou psíquica, encaminhados por órgão oficial, poderão receber benefícios a serem criados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 4º Os estabelecimentos hospitalares ou psiquiátricos, públicos ou particulares, que receberem dependentes ou usuários para tratamento, encaminharão ao Conselho Nacional Antidrogas - Conad, até o dia 10 (dez) de cada mês, mapa estatístico dos casos atendidos no mês anterior, com a

⁸¹ *Idem*, p. 178.

⁸² FERRARI, Eduardo Reale. Nova Lei de Tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 11, v. 42, jan.-mar, 2003, p. 291.

indicação do código da doença, segundo a classificação aprovada pela Organização Mundial de Saúde, vedada a menção do nome do paciente.

§ 5º No caso de internação ou de tratamento ambulatorial por ordem judicial, será feita comunicação mensal do estado de saúde e recuperação do paciente ao juízo competente, se esse o determinar.

Essa positivação mostrou-se extremamente eficaz para impedir que os agentes de saúde continuassem sendo acusados de incentivar o uso de drogas ao distribuir seringas descartáveis para prevenção de doenças como a hepatite e o HIV. Importante destacar também o artigo 38 da Lei, que trouxe a possibilidade de apresentação de uma defesa prévia, logo após o recebimento da denúncia pelo juiz.

Por outro lado, alguns dispositivos acabaram por diminuir as garantias processuais aos acusados, a exemplo do artigo 34, que previa a interferência judicial na vida privada dos cidadãos, autorizando o acesso a informações em princípio consideradas sigilosas:

Art. 34. Para a persecução criminal e a adoção dos procedimentos investigatórios previstos no art. 33, o Ministério Público e a autoridade policial poderão requerer à autoridade judicial, havendo indícios suficientes da prática criminosa:

- I – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras;
- II – a colocação, sob vigilância, por período determinado, de contas bancárias;
- III – o acesso, por período determinado, aos sistemas informatizados das instituições financeiras;
- IV – a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas, por período determinado, observado o disposto na legislação pertinente e no Capítulo II da Lei no 9.034, de 1995.

O artigo 50 previa expressamente a aplicação de pena de expulsão aos estrangeiros que fossem condenados pelos crimes de uso ou tráfico de drogas – embora o dispositivo se referisse ao Capítulo III da Lei 10.409/02, considerando que o mesmo foi integralmente vetado, permaneceu entendimento de que a pena de expulsão seria aplicada aos condenados pelos crimes previstos na Lei 6.368/76.

Portanto, a Lei 10.409/02, embora tenha sido denominada de “Lei de Tóxicos”, entrou em vigor para conviver com a antiga Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76), ao menos no que dizia respeito à parte penal. Por este motivo, conclui-se que essa alteração legislativa não provocou alterações significativas no modelo proibicionista moderado

que o Brasil aderiu desde o início do Século XXI. A grande “mudança” trazida por essa lei se resume à positivação da política de redução de danos.

3.3. A Lei nº 11.343/2006

Assim que realizou os diversos vetos que culminaram na Lei de Tóxicos de 2002, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional um novo projeto de lei (o PL nº 6.108/02), que tinha como objetivo desfazer o “retalhamento” que ocorreu na legislação sobre drogas (a parte penal aplicada era a prevista na Lei 6.368/76 e a parte processual era regulada pela Lei 10.409/02). Após dois anos de tramitação o referido projeto foi apensado ao Projeto de Lei 7.134/02, originário do Senado, culminando em um substitutivo da Câmara dos Deputados, o qual deu origem à Lei 11.343/06.

Tanto no projeto de lei do Presidente da República quanto no projeto de lei do Senado, estava prevista a despenalização do usuário de drogas, com a retirada da aplicação de penas restritivas de liberdade a quem possuísse drogas para consumo próprio. Por outro lado, enquanto o projeto do Presidente previa a inaplicabilidade de pena de prisão inclusive no caso de reincidência, o substitutivo do Senado previa a reincidência como uma hipótese de desobediência – à decisão do juiz de condenação –, o que causaria uma inédita aberração jurídica⁸³.

Primeiramente, esclarece-se que, no âmbito processual, nenhuma alteração relevante foi trazida pela Lei de Drogas de 2006, com relação à Lei 10.409/02, mantendo-se o crime de porte para uso próprio no âmbito de atuação dos Juizados Especiais Criminais, a serem processados na forma do procedimento sumaríssimo.

Dentre os avanços trazidos pela Lei 11.343/06, tem-se o reconhecimento, no art. 4º, I, do “respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade” como princípio norteador do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD). A previsão do “fortalecimento da

⁸³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *A nova lei de antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes*. Boletim do Instituto de Ciências Criminais (IBCCrim), Ano 14 nº 167, outubro de 2006b, p. 8-9.

autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas”⁸⁴, no art. 19, III, confirma a ideia de uma pequena redução no controle penal sobre o usuário de drogas, em 2006.

Na seara penal propriamente dita, o dispositivo relativo ao crime de porte de drogas para consumo próprio foi despenalizado e passou a ter a seguinte redação:

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.⁸⁵

Com relação às alterações trazidas por esse artigo, destaca-se a criação de novas figuras típicas (verbos), ampliando a incidência desse delito. Enquanto a Lei 6.368/76 previa três figuras típicas (“adquirir, guardar ou trazer consigo, para consumo próprio”), a Lei 11.343/06 passou a possuir cinco figuras (“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo”).

Além disso, diferentemente da Lei 6.368/76, que utilizava a expressão “substância entorpecente ou de que determine dependência física ou psíquica”, a Lei 11.343/06 passou a utilizar tão somente a palavra “drogas”. Assim, a opção por uma legislação que previsse lei penal em branco manteve-se inalterada. A lista de substâncias consideradas “drogas” é, até os dias atuais, prevista pela Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS).

O grande diferencial desse dispositivo foi, sem dúvidas, com relação às penas a serem aplicadas: a possibilidade de pena restritiva de liberdade ao usuário foi expressamente abolida, culminando na despenalização do usuário.

A princípio, houve certa divergência doutrinária quanto ao fato de a Lei de 2006 ter previsto uma despenalização (suavizar a resposta do direito penal, restringindo as hipóteses de aplicação de penas restritivas de liberdade), uma descriminalização (deixar de tipificar uma conduta como crime) ou apenas uma descarcerização (exclusão apenas

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

da pena restritiva de liberdade). A posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que o usuário foi tão somente despenalizado, visto que a conduta continua sendo considerada ilícita e prevista como crime.

Nesta lei, destaca-se também a equiparação da conduta de *grower* (aquele que planta ou cultiva substâncias usadas na composição de drogas, para consumo pessoal)⁸⁶ à conduta uso próprio; diferentemente da Lei 6.368/76, que previa a sua equiparação ao crime de tráfico. É o que dispõe o art. 28, § 1º da Lei 11.343/06:

§ 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.

Ainda, ocorreu uma redução da pena aplicada aos usuários que usam drogas de forma compartilhada. Enquanto na Lei 6.368/76, a conduta de “fornecer ou oferecer, ainda que gratuitamente” substância entorpecente estava prevista no art. 12, que tratava sobre o tráfico; na lei 11.343/06, essa conduta passou a ser objeto de um parágrafo do dispositivo sobre tráfico, qual seja o art. 33, § 3º:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

A conduta de “Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” igualmente saiu do âmbito de previsão do tipo penal único de tráfico, na Lei 6.368/76, para figurar em um parágrafo do art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja o parágrafo 2º, possuindo uma diminuição na pena prevista para detenção de 1 a 3 anos.

Em uma análise mais crítica do crime de porte de drogas para consumo próprio, em que pese a despenalização do usuário, a Lei 11.343/06 manteve o controle penal

⁸⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006b, p. 2.

sobre o mesmo, ainda prevendo a conduta como ilícita, configurando um crime e sujeito a penas, ainda que alternativas. Tem-se, assim, uma alteração tímida na condição do usuário, sendo considerada um necessário primeiro impulso rumo à legalização das drogas em sua integridade, permitindo-se uma regulamentação do Estado.

Faz-se necessário ressaltar, ainda, que o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 possuiu um aumento na pena mínima prevista (a pena de reclusão passou de ser de 3 a 15 anos, para 5 a 15 anos). Desta forma, embora a despenalização do usuário tenha importância histórica na política de drogas brasileira, há de se concordar com a ilustre análise crítica de Luciana Boiteux:

Diante dessa grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constantes do mesmo diploma legal.⁸⁷

Outro fato que não pode deixar de ser criticado é a ausência da definição de uma quantidade máxima a ser considerada como de uso pessoal. Manteve-se a estrutura da legislação anterior, prevendo que, para averiguar se o acusado portava droga para uso próprio ou não, “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”⁸⁸.

Em outras palavras, o legislador de 2006 optou por manter o modelo subjetivo de definição do tipo penal, possibilitando as injustiças e arbitrariedades por parte dos juízes e dos policiais – não se pode olvidar que, embora a lei se refira aos juízes, a primeira autoridade pública que lida com a conduta observada é a autoridade policial, de forma que caberá ao mesmo discernir se a ação que flagrou se configura como porte para uso pessoal ou tráfico de drogas. Portanto, permaneceu escancarada a porta para a discriminação de determinados grupos sociais e/ou raciais, associados pelo senso comum à figura de delinquente – os pobres e negros. Não por acaso, não foi dessa vez que a legislação sobre drogas vedou a criminalização da pobreza e da negritude.

⁸⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2006b, p. 2.

⁸⁸ BRASIL. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*, *op. cit.*

3.4. Novas tendências sobre a política de drogas no Brasil e no mundo

Atualmente, no Brasil, existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional visando a uma alteração da Lei 11.343/06 e à instituição de novos rumos na política de drogas brasileira. Dentre eles, destacam-se o Projeto de Lei nº 7.663/2010, de autoria do deputado federal Osmar Terra (PMDB)⁸⁹, o Projeto de Lei nº 7.187/2014, de autoria do deputado federal Eurico Júnior (PV)⁹⁰, o Projeto de Lei nº 7.270/2014, de autoria do deputado federal Jean Willys (PSOL)⁹¹, e a Sugestão nº 8, de 2014⁹².

Em âmbito internacional, a política de drogas está centralizada em três convenções internacionais realizadas pelos países-membros da Organização das Nações Unidas. São elas: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Drogas Psicotrópicas de 1972, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988. Todos esses tratados consolidam um movimento internacional fortíssimo de repressão e de manutenção da guerra às drogas.

⁸⁹ Esse projeto propõe um aumento nas penas aos usuários de drogas para o mínimo de 6 meses e máximo de 12 meses (atualmente são de no máximo 5 meses). No caso do crime de tráfico, a pena de reclusão passaria dos atuais 5 a 15 anos para 8 a 20 anos. Prevê também a internação compulsória como forma de tratamento do usuário dependente, bem como sua exclusão do sistema de tratamento no caso de recaída durante a internação. Em que pese ter recebido inúmeras críticas de especialistas de diversas áreas relacionadas ao problema das drogas, o PL 7.663, após sofrer algumas mudanças, foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2013 e foi enviado ao Senado para votação.

⁹⁰ O PL 7.187 tem como objetivo a autorização do cultivo doméstico de plantas de *cannabis*, até o limite de 6 plantas fêmeas e 480 gramas anuais para colheita, sendo o Ministério da Agricultura responsável pela fiscalização e controle da produção dessa substância. Para comprar a substância para fins recreativos, o usuário teria que se cadastrar em um sistema próprio para adquirir dos cultivadores. A quantidade máxima de venda seria de 40 gramas.

⁹¹ O PL 7.270 também prevê a legalização da maconha, sendo que cada pessoa poderia cultivar em casa até 12 pés de *cannabis* para consumo próprio (sendo 6 plantas prontas para colheita e 6 imaturas), limitados a 480 gramas anuais de colheita. Igualmente prevê a competência do Ministério da Agricultura para registrar e fiscalizar os cultivadores, bem como licenciar os locais para venda da maconha. Além disso, esse projeto prevê a redução da pena para o crime de tráfico de drogas para 4 a 5 anos de reclusão.

⁹² Essa sugestão de projeto de lei de iniciativa popular pretende equiparar a maconha ao álcool e ao tabaco, legalizando-a e sujeitando-a ao controle e fiscalização estatais já realizados sobre as drogas lícitas. Dentre as medidas de controle, incluem-se as informações e advertências em rótulos e embalagens, a proibição de propagandas da substância; exigências, limites e licenças quanto ao cultivo e distribuição da droga, bem como restrições à quantidade de compra. O comércio para uso medicinal seria realizado em farmácias, enquanto o para uso recreativo seria feito em estabelecimentos específicos com esse fim.

Entretanto, algumas mudanças significativas vêm ocorrendo em diversos países do mundo, no sentido de proporem novas alternativas à redução do uso de drogas que não sejam o modelo proibicionista. Estas alterações estão causando debates nas diferentes sociedades e possibilitando renovações da opinião pública, fazendo com que a mesma passe a ser mais favorável à reforma do modelo atual e das leis sobre drogas⁹³.

Como exemplos positivos de experiências com modelos alternativos, destaca-se o Uruguai, que recentemente aprovou legislação com o intuito de regulamentar a produção, venda e consumo de *cannabis*, tornando-se o primeiro país no mundo a legalizar integralmente a maconha. Foi autorizado o porte de até 40 gramas de maconha, bem como o cultivo doméstico de até 6 plantas fêmeas de *cannabis*.

Portugal, por sua vez, descriminalizou a posse de drogas para uso pessoal em 2001, o que já acarretou em uma redução no consumo entre jovens e um aumento da quantidade de toxicod dependentes em tratamento⁹⁴. Além da descriminalização, a legislação portuguesa também prevê limites objetivos para distinção entre o porte para uso pessoal e o tráfico – no caso da maconha, é considerado para uso pessoal o porte de até 25 gramas.

Nos Estados Unidos, conhecido como o berço do proibicionismo, em que pese a proibição a nível federal continuar inabalada, 27 estados já legalizaram o comércio de *cannabis* para fins medicinais, sendo que 4 deles legalizaram o consumo dessa substância para fins terapêuticos.

O Equador modificou suas leis e inseriu critérios objetivos de distinção entre o porte de drogas para uso pessoal e o tráfico, além de ter concedido indulto aos condenados por pequenos tráficos. A Costa Rica, por sua vez, reduziu a pena para mulheres presas por tráfico. Na Colômbia e na Argentina, decisões recentes do Tribunal

⁹³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva*. In: Dossiê Sur sobre drogas e direitos humanos. Revista internacional de direitos humanos, 21^a Edição, 2015. Disponível em: <http://sur.conectas.org/brasil-reflexoes-criticas-sobre-uma-politica-de-drogas-represiva/>. Acesso em 04 nov. 2016.

⁹⁴ Caitlin Elizabeth Hughes and Alex Stevens. *What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs?* Br J Criminol. 50, no. 6 (2010): 999–1022. doi: 10.1093/bjc/azq038, *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, *op. cit.*, 2015.

Constitucional colombiano e da Suprema Corte argentina, recentemente descriminalizaram o porte de drogas.

Assim, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “aos poucos, o mundo vai se dando conta de que são necessários meios alternativos à criminalização para combater o consumo de drogas ilícitas”.

3.4.1. A UNGASS de 2016

Neste cenário de mudanças, a Colômbia, o México e a Guatemala têm tomado papel fundamental ao encabeçarem uma luta para reabrir as discussões da Organização das Nações Unidas sobre as drogas. Sob especial esforço desses três países e com a soma de outros como Canadá e Uruguai, que demonstraram o seu descontentamento com a política contemporânea de guerras às drogas, em 2016 foi realizada uma Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS) para discutir sobre o tema.

A UNGASS ocorreu na sede das Nações Unidas, em Nova York, entre 19 e 21 de abril de 2016. Para além da aprovação de um texto final que contém as novas resoluções sobre a política mundial de drogas atual, o maior legado deixado por essa UNGASS foi a criação de uma rede de debates que prevê a colaboração entre os países e a própria sociedade civil⁹⁵.

Algumas dificuldades foram encontradas nas tentativas de se incluírem alguns temas nas resoluções. A proposta de que a UNGASS recomendasse expressamente a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal foi rechaçada por diversos países, embora as Convenções da ONU em vigor não proibam a descriminalização. A adoção do termo “redução de danos” como política de saúde pública e de prevenção também foi um tema que sofreu resistência de diversos países, tendo o texto final falado em estratégias para “minimizar as consequências sanitárias e sociais do abuso de drogas”.

⁹⁵ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes; ALLONI, Rafael Tobias. *UNGASS 2016: o início de uma nova perspectiva para a política internacional sobre drogas?* Disponível em <http://jota.info/ungass-2016-o-inicio-de-uma-nova-perspectiva-para-politica-internacional-sobre-drogas>. Acesso em 05 nov. 2016.

A expressa recomendação de não se utilizar da pena de morte nas condenações relativas a crimes de drogas foi rejeitada por alguns países mais conservadores, o que fez com que a mesma fosse retirada do texto aprovado, uma vez que as resoluções somente podem ser aprovadas se houver unanimidade. Esse fato causou um sensível desconforto na ampla maioria dos países que haviam repudiado essa prática, tendo sido apresentadas moções por diversos países – dentre eles, o Brasil – criticando essa omissão no documento.

Com relação ao documento aprovado, o mesmo foi dividido em 7 eixos, sendo um deles especificamente para a questão dos Direitos Humanos, eixo que nunca antes havia sido incluído em um documento internacional sobre drogas. Nesta parte, foram incluídas diversas recomendações específicas para a proteção das mulheres e das “populações vulneráveis” – após pedido do Brasil de que a questão racial fosse incluída –, incluindo a determinação e a prevenção dos fatores sociais que fazem as mulheres e os jovens serem pessoas vulneráveis à participação no tráfico e ao uso de drogas.

Houve, ainda, a rejeição a penas degradantes e cumpridas sob condições desumanas, ressaltando as garantias legais dos condenados, em especial sua dignidade. Como resultado, passou-se a sugerir expressamente a aplicação de medidas alternativas ao encarceramento como uma das diretrizes da política internacional de drogas.

Outro eixo de suma importância foi a questão da saúde, o qual reconheceu a toxicodependência como um problema de saúde pública e com causas e consequências sociais – retirando-se a visão simplista de que o uso de drogas é uma conduta pessoal e isolado. Recomendou-se, ineditamente, que o tratamento dos viciados seja realizado de forma voluntária, reprimindo-se políticas de tratamentos compulsórios e/ou como formas de penas.

O documento faz referência também a ações destinadas a oferecer alternativas econômicas a pessoas em situação de vulnerabilidade – os mais pobres e que convivem diariamente com o tráfico em seus locais de residência –, possibilitando reduzir a oferta e a demanda através de ações de geração de emprego nas comunidades, de forma que o tráfico deixaria de ser a única fonte de renda possível.

Com relação à prevenção ao uso, diversos dispositivos fazem expressa menção à promoção de atividades de caráter social e ao fomento do desenvolvimento sadio dos jovens em situação de vulnerabilidade. Ações como investimentos em escolas, prática de esportes, atividades culturais e profissionalizantes, bem como a recuperação e melhora dos espaços públicos, possuem especial importância na tentativa de retirar das crianças e adolescentes a presença inevitável das drogas em seus caminhos. Foi sugerida também a aplicação de medidas específicas para cada faixa etária, de acordo com as necessidades específicas das crianças e dos jovens.

Foi reconhecida expressamente que a sociedade civil, em especial representada pelas populações diretamente afetadas pelos problemas das drogas, participem da formulação e aplicação das políticas e programas sobre entorpecentes.

Quanto à política de redução de danos, pela primeira vez prevista em um documento internacional – embora não com esse nome, conforme já dito –, sugeriu-se realizar medidas de tratamento, atenção, recuperação, reabilitação e reinserção social dos dependentes, inclusive nas prisões. Foram previstos os tratamentos com antirretrovirais para HIV, para a hepatite e para demais doenças transmissíveis pelo contato sanguíneo derivado do compartilhamento de seringas.

Previu-se também um esforço para possibilitar um maior acesso às substâncias ilícitas utilizadas para fins medicinais e científicos, rompendo-se as barreiras das legislações e regulamentos internos dos países que dificultam a distribuição dessas drogas, resguardadas as tentativas de evitar o desvio dessa distribuição para o tráfico. Para isso, foi sugerido estabelecer um sistema internacional de gestão da produção, distribuição e utilização dessas substâncias para fins medicinais e científicos.

Embora tenham havido algumas previsões que significaram avanços na política internacional sobre drogas, o modelo repressivo não foi abandonado, tendo o documento previsto também o combate ao tráfico e aos crimes (em especial o crime organizado) e à violência ligados ao tráfico, vigiando as rotas do tráfico e promovendo a troca de informações entre autoridades em âmbito nacional e internacional. Outras ações nesse sentido são aumentar a capacidade das forças do Estado e da justiça penal, o controle sobre as fronteiras, e a permissão da extradição.

Portanto, a UNGASS 2016 trouxe alguns avanços significativos no discurso relativo à política internacional sobre drogas, como a preocupação inédita com a questão de gênero, a previsão de tratamento voluntário dos dependentes e as políticas internas públicas com o objetivo de fortalecer o Estado de Direito e as instituições, bem como diminuir a pobreza e a vulnerabilidade das populações mais carentes com relação às drogas, em especial as mulheres e os jovens dessas populações. A previsão de políticas reducionistas de danos em esfera internacional também se mostra significativa.

Há quem entenda que a reunião não trouxe alterações significativas quanto a uma mudança no modelo repressivo e na política de guerra às drogas, uma vez que a mudança na perspectiva se limitou apenas ao discurso, ainda não trazendo reflexos práticos na política internacional. Todavia, entende-se que era utópico acreditar que a UNGASS 2016 traria uma reviravolta tão grande na política internacional de forma concreta, especialmente com a manutenção do poder dos Estados Unidos e com o crescimento de forças conservadoras em vários países. Assim, o resultado da reunião desse ano ao menos possibilitou alguns novos reflexos que tendem a gerar um maior debate e participação da sociedade civil, possibilitando novas modificações no futuro.

3.5. O protagonismo recente do Supremo Tribunal Federal na questão das drogas

Não tendo sido aprovada, até o presente momento, nenhuma alteração legislativa no Brasil, permanecendo em pleno vigor a Lei 11.343/06, ressaltam-se três questões jurisprudenciais recentes que provocaram o Supremo Tribunal Federal a refletir sobre a questão do uso das drogas. São elas: a ADPF 187 (relativa à Marcha da Maconha), o Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ e o Recurso Extraordinário 653.659/SP.

3.5.1. As tentativas de criminalização da Marcha da Maconha

A Marcha da Maconha é um evento que ocorre desde 1994 em diversos países do mundo e reúne diversos militantes favoráveis à legalização da droga em seus países, requerendo mudanças nas legislações e a regulamentação do uso e do comércio da substância. No Brasil, não foram poucas as tentativas de coibir e criminalizar a

realização desse evento, sob a fundamentação de que o mesmo consistiria em apologia a fato criminoso, crime previsto no art. 287 do Código Penal.

Nesse cenário, a Procuradoria Geral da República moveu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 perante o Supremo Tribunal Federal, em 2011, visando a interpretação conforme a Constituição do art. 287 do Código Penal. Segundo a PGR, a aplicação desse dispositivo aos manifestantes da Marcha da Maconha retirava a liberdade de manifestação e de reunião, previstas no art. 5º, IV, I e XVI.

O Supremo decidiu, por unanimidade, concordar com o voto do Relator, Ministro Celso de Mello, e julgar procedente o pedido da PGR e sedimentar uma interpretação constitucional ao art. 287 do Código Penal. Segundo o relator e a Corte, a Marcha da Maconha é um ato em que os manifestantes reivindicam “a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência”.

Assim, a mera reivindicação de uma discussão e da legalização do uso de uma determinada substância não se confunde com o crime de apologia à mesma, dado o caráter político contido nessas manifestações. Além disso, a liberdade de expressão e de reunião são direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, sendo incompatíveis com a ordem constitucional as decisões judiciais de coibir a realização de atos públicos.

A decisão da Corte destacou também que a Marcha possui um caráter cultural, já que organiza palestras, seminários e exibição de documentários relativos às políticas públicas sobre drogas, bem como oferece atividades performáticas, teatrais e musicais.

Colocação interessante foi a da Ministra Ellen Grace, que compunha, à época do julgamento, uma comissão internacional que estudava a descriminalização das drogas. A Ministra disse sentir-se “inclusive aliviada de que minha liberdade de pensamento e de expressão de pensamento esteja garantida”.

3.5.2. O RE 430.105-9-RJ: alegação de “*abolitio criminis*” do crime de porte de drogas para uso pessoal

O Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra decisão de segunda instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinou a competência do Juizado Especial Criminal para julgar o processo originário, relativo ao crime de porte de drogas para uso pessoal, previsto no art. 16 da Lei 6.368/76.

Resumidamente, o Ministério Público alegou que a Lei 10.259/01, que ampliou o âmbito de atuação dos Juizados Federais para incluir os crimes de menor potencial ofensivo – aqueles punidos com pena máxima de até 2 anos –, não deveria ser aplicada também à Justiça Estadual, uma vez que o legislador de 2001 somente tratou da Justiça Federal.

Nessa seara, foi estipulada questão de ordem alegando que, com a superveniência da Lei 11.343/06, ocorreu o fenômeno do *abolitio criminis*, tendo em vista que a referida lei descriminalizou o uso de drogas, de forma que teria sido extinta a punibilidade do acusado com relação a esse crime. A argumentação do órgão recorrente foi ao encontro da ideia de que a Lei de 2006 criou uma categoria de crime *sui generis*, já que o mesmo não poderia ser enquadrado na definição de crime do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

Para fins de esclarecimento, Rogério Greco define o instituto do *abolitio criminis* como o fenômeno que ocorre quando “o legislador, atento às mutações sociais, resolve não mais continuar a incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, pois passou a entender que o Direito Penal não mais se fazia necessário à proteção de terminado bem”. Assim, “descriminalizando aquela conduta até então punida pelo Direito Penal, o Estado abre mão de seu *ius puniendi* e, por conseguinte, declara a extinção da punibilidade (art. 107, III, do CP) de todos os fatos ocorridos anteriormente à edição da lei nova”.⁹⁶.

⁹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª edição, Rio de Janeiro, 2016, p. 162.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, seguiu o voto do Ministro Sepúlveda Pertence relativa à questão de ordem no sentido de que a Lei 11.343/06 não trouxe uma descriminalização do crime de porte de drogas para uso próprio, mas tão somente uma despenalização, isto é, a retirada da incidência de penas restritivas de liberdade. Segundo o STF, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal define apenas um critério de definição de crime, sendo possível que uma lei ordinária posterior preveja novos critérios para a caracterização de uma conduta como crime. A Constituição, no art. 5º, XLVI e XLVII, prevê essa possibilidade. No mérito do recurso, a Turma decidiu pela ocorrência de prescrição do crime, uma vez que já haviam se passado mais de dois anos dos fatos sem o início da ação penal.

3.5.3. O RE 635.659/SP: alegação de inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal

Alguns anos depois, o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a decidir sobre a criminalização do usuário de drogas, no Recurso Extraordinário 635.659/SP. Em linhas gerais, o recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra decisões de primeira e segunda instância que condenaram o ora acusado a cumprir pena de dois meses de prestação de serviços à comunidade, tendo em vista ter sido considerado culpado pelo crime de porte de drogas para uso próprio (previsto no art. 28 da Lei 11.343/06), uma vez que foi flagrado portando três gramas de maconha.

A Defensoria Pública de São Paulo requereu, nesse recurso, a declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, fundamentando que o controle do Estado, por meio do direito penal, sobre a vida privada do cidadão e sobre sua intimidade com relação ao uso de drogas, viola o direito fundamental à intimidade e à vida privada, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Segundo o órgão recorrente, a intervenção do direito penal só se justifica quando uma conduta lesiona bem jurídico de terceiro, o que não é o caso do uso próprio de drogas, que não causam nenhuma consequência exceto para o próprio usuário.

O Ministério Público, parte recorrida, sustenta que a criminalização do uso de drogas visa a proteger o bem jurídico “saúde pública”, de forma que a conduta do

usuário não traz efeitos somente para o mesmo, mas também para a sociedade, uma vez que causa a propagação do vício no meio social.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, proferiu voto afirmando que, embora a Lei 11.343/06 tenha despenalizado o usuário, o que ocorre na prática é uma maciça tipificação como crime de tráfico de pessoas flagradas com pequenas quantidades e sozinhas. Assim, entende não haver estudos que comprovem a eficácia dos métodos de repressão policial às drogas. Ao contrário, embora a “guerra às drogas” esteja sendo cada vez mais fomentada, o tráfico e o uso de entorpecentes só vêm aumentando.

No mérito, Gilmar Mendes definiu o cerne da controvérsia: tem-se um conflito entre o direito fundamental à saúde pública versus o direito fundamental à intimidade do usuário. Afirma que a criminalização do uso pessoal de drogas acarreta em uma limitação ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação, direitos retirados da Constituição, mediante interpretação dos dispositivos que tratam do direito à dignidade e à intimidade. Ainda que a utilização de substâncias entorpecentes seja de alguma forma prejudicial à saúde do consumidor, criminalizar o usuário configura medida desproporcional e que ofende o direito à vida privada.

Além disso, afirma que o enquadramento penal relativo ao uso de drogas afeta, primordialmente, pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social, geralmente jovens, que encontram enormes dificuldades de reorganizar suas vidas após terem o estigma de uma condenação penal relativa a drogas.

Ressalta que não se trata de um direito ao entorpecimento. Pelo contrário, a redução do uso de drogas deve ser sempre um objetivo do Estado, porém isso deve ser feito por meio das políticas de prevenção, previstas no art. 4º da Lei 11.343/06, e não mediante a criminalização do usuário.

Portanto, o Ministro Gilmar Mendes vota pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso próprio. Sugere, ainda, uma regulamentação mais eficaz que defina objetivamente as condições de classificação da conduta como para uso próprio ou tráfico. Enquanto essa regulamentação não ocorre, defende que o

ônus de comprovar que a conduta era de tráfico deve ser da acusação, devendo, nesse caso, ser o acusado levado perante o juízo para a realização de uma audiência de custódia para determinar a imputação do fato.

Entretanto, para que sua decisão não culmine em uma legalização total do uso de drogas, Gilmar Mendes defende que as medidas previstas no art. 28 devem continuar sendo aplicadas ao usuário, não em seu caráter penal de imposição de uma sanção, mas sim com o objetivo de atender aos objetivos de prevenção do uso de drogas, contidos na política nacional sobre drogas. Defende o afastamento dessas medidas da esfera penal, passando-se a ser respostas de âmbito civil à conduta de uso de drogas.

Por sua vez, o Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, afirmou que iria tratar especificamente sobre o porte de maconha para uso próprio, a partir do pressuposto de que o acusado havia sido flagrado com essa droga, sendo que seus comentários poderiam servir ou não para as demais substâncias ilícitas. Afirma que o consumo de drogas é um ato prejudicial à sociedade e ao próprio usuário, de forma que o Estado deve realizar medidas para evitar o uso dessas substâncias, bem como combater o tráfico e tratar os dependentes. Afirma também que a “guerra às drogas” é um modelo de repressão que fracassou, trazendo custos altos em âmbito político, social e econômico. Além disso, deve-se observar o problema sob uma perspectiva brasileira e não sob os olhos dos países de primeiro mundo que adotam diferentes políticas sobre o uso de drogas.

Passo a frente, o Ministro lista algumas razões que justificariam uma descriminalização do uso de drogas: a primeira delas, por óbvio, é o fracasso do modelo repressivo atual, cuja criminalização permitiu a ascensão de um mercado paralelo com poderes econômicos e políticos fortes; a segunda é o crescente aumento da população carcerária, condenada por crimes relativos a drogas; a terceira é que o foco em uma medida repressiva faz com que a questão da saúde pública seja secundária, quando deveria ser o principal objetivo do controle sobre o uso de drogas.

Do ponto de vista jurídico, algumas razões que justificariam a descriminalização do uso de drogas seriam: a violação ao direito de privacidade e à autonomia individual do usuário de usar o que lhe convém e de obter seus prazeres da maneira que preferir; a

distinção entre moral e direito, sendo que a lei não pode prever controles morais sobre os cidadãos – o consumo abusivo de álcool, por exemplo, é visto como ato não moral, mas não é ilícito; e a violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que não seria proporcional punir o usuário por uma conduta de perigo abstrato, isto é, que não causa danos à sociedade, mas tão somente para ele. Os custos envolvidos no modelo repressivo não justificam o dano causado pelo uso de drogas à sociedade.

No que tange aos critérios para definição de crime de porte para uso próprio ou de tráfico, o Ministro sugere que seja adotado o mesmo critério trazido pelo Uruguai, qual seja, o de considerar para uso pessoal a posse de até 25 gramas de maconha ou a plantação de até seis plantas fêmeas de *cannabis*.

Portanto, o Ministro Barroso votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, bem como do parágrafo primeiro (que trata das pessoas que plantam para uso pessoal), com relação especificamente ao uso de maconha.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, de forma semelhante ao Ministro Luis Roberto Barroso, proferiu seu voto somente com relação ao porte de maconha para uso próprio, excluindo das suas conclusões o uso das demais drogas. Neste sentido, defende que o Estado não deve impor ao cidadão um sistema moral individual, reprovando determinadas condutas da vida íntima. Além disso, a resposta do Estado à ação de uso de entorpecentes não deve ser paternalista, sancionadora, mas sim uma proteção no sentido de conscientizá-lo e informa-lo mediante campanhas educativas e cuidados com a saúde do usuário.

Destaca que a conduta de usar drogas não deve ser punida pelo seu caráter de, possivelmente, ensejar novos crimes – como o roubo para sustentar o vício. Se o usuário roubar para comprar droga, deverá responder por esse crime, porém aquele usuário que não o faz não deve ser igualmente penalizado. Defende que o usuário deve ser considerado a vítima – um doente, que necessita da ajuda do Estado para proteção de sua saúde.

Desse modo, o Ministro Edson Fachin vota no sentido de declarar a inconstitucionalidade do crime de porte de maconha para uso próprio, porém mantendo-

se o controle penal sobre os usuários das demais drogas. Com relação à necessidade de se estabelecer critérios objetivos que definam se a conduta é para uso pessoal ou não, decide por determinar que o Poder Executivo elabore uma regulamentação contendo esses parâmetros, no prazo máximo de 90 dias, por meio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

Após o voto do Ministro Edson Fachin, o Ministro Teori Zavascki pediu vista do processo para proferir seu voto em 10/09/2015, permanecendo-se em vista até hoje, aguardando os próximos andamentos do processo.

Realizada essa abordagem sobre os votos até então proferidos, é de se destacar que, com a devida vênia, o Supremo Tribunal Federal se acovardou diante da oportunidade de fazer história e dar um passo rumo à melhoria na vida dos usuários de drogas; ao trazer votos que até então, embora tenham avançado no sentido da descriminalização, mantiveram um discurso moralista e proibicionista.

Os ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso votaram pela descriminalização tão somente do uso de maconha, mas mantendo-se a criminalização do porte das demais drogas. Essa decisão carece de justificativa racional, bem como fere escancaradamente o princípio da isonomia entre cidadãos. Além disso, é de se inferir desses votos que o controle penal sobre o usuário de maconha viola a intimidade, a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana; porém, deve-se questionar se os usuários de outras substâncias não possuem esses direitos fundamentais. O voto mais racional foi o do Ministro Gilmar Mendes, que decidiu pela descriminalização do uso de todas as substâncias. Entretanto, ainda assim, foi mantido o caráter de repressão ao usuário ao se manter a aplicação de medidas alternativas, ainda que sob a égide de medidas civis e não de controle penal. Ora, se o Estado não deveria interferir na vida íntima do cidadão em âmbito penal, igualmente não deve ser permitido fazê-lo em âmbito administrativo ou cível.

Assim, permanece o anseio de que os próximos votos tragam melhores soluções à questão, deixando para trás os temores sobre a reação da sociedade brasileira, que ainda se mostra conservadora com relação a assuntos considerados tabus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após realizar uma análise da evolução das legislações brasileiras sobre drogas, com enfoque na figura do usuário, é possível concluir que, ao final de inúmeras alterações, ora flexibilizando as formas de controle penal, ora aumentando a rigidez do proibicionismo, o Brasil adentra no Século XXI e traz até os dias atuais a forma de controle do proibicionismo moderado, como já apontou Luciana Boiteux.

Na maior parte de nossa história, as alterações legislativas se deram com vistas a aumentar o controle sobre as condutas do usuário de drogas, sob forte influência internacional, em especial dos Estados Unidos, inclusive com a assinatura de diversos tratados internacionais.

O ponto fora da curva foi a edição do Código Penal de 1940, o qual não previu a conduta de porte para uso pessoal, causando uma despenalização do usuário – o que foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal à época.

Com o advento da Ditadura Civil-Militar em 1964, o discurso de “guerra ao inimigo” incluiu o usuário de psicoativos como um de seus inimigos, em mais uma forma de criminalizar quem se opunha ao governo ditatorial. O usuário de drogas não só voltou a ser criminalizado, como teve a sua conduta equiparada à conduta do traficante. Foi instaurado, assim, o modelo bélico de “guerra às drogas”, um discurso que mesclava política criminal com política de segurança urbana.

Por outro lado, com a criação de novos institutos penais que permitiram a despenalização do usuário de drogas, a partir da década de 70, e com a adoção da política de redução de danos, na década de 90; passou-se a questionar o proibicionismo puro e simples, que não alcançava os resultados pretendidos e, pelo contrário, só piorava as condições de uso de drogas.

A própria Lei nº 11.343/06 despenalizou o usuário de drogas ao abolir a previsão de pena de prisão para o crime de porte para consumo próprio. Passaram a ser aplicadas somente penas alternativas – como prestação de serviços à comunidade –, até o máximo

de 6 meses. Além disso, essa lei reconheceu a autonomia e a liberdade do usuário e ainda a positivação da política de redução de danos.

Entretanto, paradoxalmente, a Lei de Drogas 2006 aumentou a pena do crime de tráfico de drogas, de forma que a despenalização do usuário funcionou como uma mera “cortina de fumaça” para esconder o aumento na repressão contra o tráfico. Isso ajuda a reforçar a criminalização da pobreza, já que o usuário-consumidor – aquele de classe média, que possui dinheiro para comprar suas drogas – não é punido com pena de prisão, enquanto o usuário-traficante – aquele mais pobre, que não tem condições de sustentar o seu vício e, para fazê-lo, acaba por traficar – é apenado com prisões longas. Além disso, a lei não estabeleceu critérios objetivos para a diferenciação clara entre o crime de porte para uso pessoal e o crime de tráfico, ampliando as subjetividades das autoridades e as injustiças na hora da imputação do crime ao acusado, tendo como consequência o reforço da criminalização do pobre, negro e estigmatizado pela sociedade como infrator, e à despenalização apenas do sujeito branco de classe média que utiliza suas drogas sem causar mal à sociedade.

Portanto, embora o Brasil tenha dado importantes passos rumo à criação de alternativas sobre o tratamento direcionado aos usuários de droga, a sociedade brasileira ainda não abandonou o discurso proibicionista, com resquícios do modelo sanitário de controle, aliado à perpetuação das políticas de guerra às drogas e de reforço da exclusão social das classes mais pobres através de legislação e políticas subjetivistas. Resta consolidada, assim, uma forma de proibicionismo mais moderada do que aquelas já adotadas em momentos anteriores.

No momento atual, a maior possibilidade de evolução da política de drogas está nas mãos do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Recurso Extraordinário que requer a declaração de inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso próprio. No entanto, em que pese os votos até agora proferidos tenham sido positivos no sentido em declararem inconstitucional o artigo que prevê esse crime e por sugerirem a previsão de critérios objetivos para diferenciar os crimes de porte para uso pessoal e de tráfico, nota-se que esses votos ainda foram muito tímidos e não representam grandes inovações na política de drogas brasileira. O voto do relator, ministro Gilmar Mendes, não se mostrou grande avanço por declarar a

inconstitucionalidade do controle penal sobre o usuário, mas manter a aplicação de penas alternativas em esfera cível. Já os votos dos ministros Luis Roberto Barroso e Edson Fachin, por declararem a inconstitucionalidade da criminalização apenas do uso da maconha, mantendo o controle penal sobre os usuários de outras drogas.

No âmbito legal, dentre os inúmeros projetos de lei atualmente em tramitação do Congresso Nacional, parece que a tendência maior será no sentido de rejeitar as proposições que visam à legalização e regulamentação de algumas substâncias, bem como de aprovar normas mais rígidas com relação ao usuário de drogas; em especial devido à crescente onda de movimentos religiosos e conservadores, que se reflete tanto nas opiniões da sociedade civil quanto nas cadeiras ocupadas no Poder Legislativo através das últimas eleições.

Portanto, percebe-se que o Brasil não deverá colocar em prática as novas transformações nos discursos sobre política de drogas que estão acontecendo em âmbito mundial, ressaltadas pela realização da UNGASS de 2016, na qual os países-membros da ONU aprovaram resoluções inovadoras como a proteção da mulher, dos jovens e das pessoas em situação de vulnerabilidade e a necessidade de se realizarem políticas sociais que evitem que os jovens consumam e trafiquem drogas. Tampouco deverão ser seguidos os exemplos internacionais de alguns países que recentemente despenalizaram, descriminalizaram ou até legalizaram o uso de determinada substância – como é o caso do Uruguai, que legalizou e regulamentou o uso e comércio de maconha. Fato notório é que este é um momento de abertura para o diálogo e maior aprofundamento sobre o tema no Brasil, possibilitando novas alterações futuras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: *Discursos Sediciosos*. Ano 3. ns. 5- 6, 1-2, 1998.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: o impacto do Proibicionismo sobre o Sistema Penal e a Sociedade*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Versão atualizada em abril de 2013.
- BOITEUX, Luciana. *A nova lei de antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes*. Boletim nº 167, Ano 14. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- _____. *Brasil: Reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva*. In: Dossiê Sur sobre drogas e direitos humanos. Revista internacional de direitos humanos, 21ª Edição, 2015. Disponível em: <http://sur.conectas.org/brasil-reflexoes-criticas-sobre-uma-politica-de-drogas-represiva/>. Acesso em 04 nov. 2016.
- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 7ª edição, 2014.
- FERRARI, Eduardo Reale. Nova Lei de Tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 11, v. 42, jan.-mar, 2003.
- FIORE, Mauricio. *Uso de “Drogas”*: Controvérsias Médicas e Debate Público. São Paulo: FAPESP/Mercado das Letras.
- GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª edição, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Novo dicionário HOUAISS da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Forense; Objetiva, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense V. IX, 1959.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro*. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acessado em 24 de set. de 2016.

MORAIS, Paulo César de Campos. *Mitos e omissões: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte*. Disponível em: www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf. Acessado em 24 de set. de 2016.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário epistemológico resumido*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1966.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes; ALLONI, Rafael Tobias. *UNGASS 2016: o início de uma nova perspectiva para a política internacional sobre drogas?* Disponível em <http://jota.info/ungass-2016-o-inicio-de-uma-nova-perspectiva-para-politica-internacional-sobre-drogas>. Acesso em 05 nov. 2016.

PIERANTI, Octavio Penna. *Da Segurança Nacional à Insegurança Jurídica nas Telecomunicações: o Código Brasileiro de Telecomunicações, 45 Anos Depois*. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, Revista Eptic On Line, v. IX, n. 3, Set./Dez. 2007. Disponível em: <http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>. Acessado em 12 de out. de 2016.

SENADO FEDERAL (Brasil). *Histórico do combate às drogas no Brasil*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-uimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acessado em: 17 de mai. de 2016.

SHECAIRA, Sérgio S. *Drogas: uma nova perspectiva*. Monografia n. 66. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SILVEIRA, André Souza da. *A Polêmica Envolvendo o Artigo 28 da Lei 11.343/06, Descriminalização, Despenalização ou Descarcerização? E a Eficácia das Penas foi comprometida?* Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6848/A_Polemica_Envolvendo_o_Artigo_28_da_Lei_1134306_Descriminalizacao_Despenalizacao_ou_Descarceirizacao_E_a_Eficacia_das_Penas_foi_Comprometida. Acesso em 01 nov. 2016.

SILVEIRA, Dartiu Xavier; MOREIRA, Fernanda Gonçalves. *Panorama atual de drogas e dependência*. São Paulo, Atheneu, 2006.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 April 2016*. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/110/24/PDF/N1611024.pdf?OpenElement>. Acesso em 05 de nov. de 2016.

ZAFFARONI, Eugenio R. El sistema penal em los países de América Latina. In: ARAÚJO, Júnior; MARCELLO, João (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.