

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

FÁBIO RICARDO TRAD FILHO

**A POLÍTICA CRIMINAL DA GUERRA ÀS DROGAS E A
SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL**

CAMPO GRANDE

2023

FÁBIO RICARDO TRAD FILHO

**A POLÍTICA CRIMINAL DA GUERRA ÀS DROGAS E A
SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Andréa Flores.

CAMPO GRANDE

2023

Eu, Fábio Ricardo Trad Filho, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura: _____

Data: ____ / ____ / ____

FICHA CATALOGRÁFICA

--

Nome: Fábio Ricardo Trad Filho

Título: A Política Criminal da Guerra as Drogas e a Seletividade Penal no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientadora: Profa. Dra. Andréa Flores

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. Rejane Alves de Arruda

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dra. Arlinda Cantero Dorsa

Julgamento: _____

Assinatura: _____

RESUMO

TRAD FILHO, Fábio Ricardo. **A política criminal da guerra às drogas e a seletividade penal no Brasil**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

A presente dissertação tem como objetivo analisar a chamada “Política da Guerra às drogas” e observar como este modelo de política criminal impactou e impacta o sistema penal e carcerário brasileiro. Para tanto, no primeiro capítulo, será necessário realizar uma leitura histórica sobre as origens desta política. Origens que remontam a mais de um século, ainda nas Guerras do Ópio. E nesta fase inicial, será realizado um exame sobre a adoção deste modelo de caráter punitivista em solo norte-americano e isto se faz necessário na medida em que foi este o país que traçou as diretrizes para esta forma de lidar com o problema da drogatização em âmbito internacional, o que também será demonstrado e analisado. Posteriormente, o olhar deste trabalho se voltará para o Brasil, desde o início da proibição de certas substâncias, ainda nas Ordenações Filipinas. Realizar-se-á na sequência uma análise sobre a política de drogas no Brasil, demonstrando, através de dados, que este modelo tornou-se mais do que um fracasso, um problema, uma situação contraproducente que não se encerra no hiperencarceramento, mas, avança e se torna danosa a toda a sociedade brasileira. Observado que o modelo atual fracassou, passaremos a observar duas iniciativas, que, sob a ótica do conceito da Dinamogênese, podem vir a remediar de maneira célere tal problemática. Uma no legislativo, o PL 399/2015 e outra no judiciário, através do julgamento no STF do RE 635.659/2011. Por fim, serão demonstrados exemplos internacionais de políticas mais assertivas, economicamente inclusive e em consonância com os Direitos Humanos no atinente à matéria. O trabalho utiliza-se dos métodos bibliográfico, documental e descritivo.

Palavras-chave: Guerra às drogas. Seletividade Penal. Dinamogênese do Proibicionismo às drogas.

ABSTRACT

TRAD FILHO, Fábio Ricardo. **The criminal policy of the war on drugs and penal selectivity in Brazil**. 2022. Dissertation (Master of Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2022.

This dissertation aims to analyze the so-called “War on Drugs Policy” and observe how this model of criminal policy has impacted and still impacts the Brazilian penal and prison system. Therefore, in the first chapter, it will be necessary to carry out a historical reading of the origins of this policy. Origins going back over a century to the Opium Wars. Still in the initial phase, an observation will be made about the adoption of this model of punitive character in North American soil, and this is necessary insofar as this was the country that outlined the guidelines for this way of dealing with the problem of drug addiction in international scope, which will also be demonstrated and analyzed. Subsequently, the focus of the work will turn to Brazil, since the beginning of the prohibition of substances, still in the Philippine Ordinances. An analysis of drug policy in Brazil will then be carried out, demonstrating, through data, that this model has become more than a failure, a problem, a counterproductive situation that does not end in hyper-incarceration, but, advances and becomes harmful to the entire Brazilian society. Observing that the current model has failed, we will observe two initiatives, which, from the perspective of the concept of Dinamogenesis, may quickly remedy this problem, one in the legislature, PL 399/2015 and another in the judiciary, through the judgment in the STF of RE 635.659/2011. Finally, international examples of more assertive policies will be demonstrated, in line with Human Rights in the matter. The work uses bibliographic, documentary and descriptive methods.

Keywords: War on Drugs. Penal Selectivity. Dinamogenesis of War on Drugs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A HISTÓRIA DA GUERRA ÀS DROGAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL	10
2.1 AS GUERRAS DO ÓPIO.....	10
2.2 A GUERRA AS DROGAS NOS EUA – O MODELO IMPORTADO PELO BRASIL ¹⁴	
2.3 THE HARRISON ACT	17
2.4 A PROIBICAO DO ÁLCOOL E DA MACONHA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA:	19
2.5 A INTERNACIONALIZACAO DE UMA POLÍTICA REPRESSIVA NA QUESTAO DAS DROGAS	20
2.6 CONVENÇÃO ÚNICA DE ENTORPECENTES.....	22
2.7 A CONVENÇÃO SOBRE SUBSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1971	24
2.8 CONVENÇÃO SOBRE O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE SUBSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1988	25
3 LEGISLAÇÕES ANTIDROGAS NO BRASIL.....	28
3.1 UMA ANÁLISE ACERCA DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL SOB A ÓTICA DO CONCEITO DA DINAMOGENESIS	31
3.1.2. APRESENTAÇÃO DE DADOS SOBRE O FRACASSO DA ATUAL POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL.....	33
4 A NECESSIDADE DE UMA REFORMA DIANTE DO FRACASSO DA ATUAL POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS.....	42
4.1 O PROCESSO DE DINAMOGENESIS E O PROBLEMA	52
4.2 O PROJETO DE LEI 399/2015	54
4.2.1 Das farmácias vivas no âmbito do SUS.....	55
4.3 DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA.....	60
5 EXEMPLOS DE MEDIDAS DESCRIMINALIZANTES NO MUNDO	72
5.1 O EXEMPLO PORTUGUÊS COMO INSPIRAÇÃO À MODERNIZAÇÃO DA POLÍTICA DE DROGAS DO BRASIL	72
5.2 UMA BREVE ANÁLISE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A TRATATIVA CONTEMPORÂNEA DA MATÉRIA.....	73
5.3 ISRAEL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA	78

5.4	DA	PERSPECTIVA	ECONÔMICA
		79
6	CONCLUSÃO 77	
REFERÊNCIAS 79		

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho não defenderá a inexistência de previsão criminal para o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06. Ponderará, entretanto, sobre a compatibilidade desta perante a existência de previsões constitucionais, como a isonomia, o princípio da lesividade e o direito à saúde e que são hoje atingidas pela forma como a política criminal atinente a esta matéria age.

A lei 11.343/2006 até pode ter tido boas intenções quando diferenciou o usuário do traficante de drogas, mas, o que ocorreu na prática foi um aumento exponencial no número de prisões por tráfico de drogas o que gera graves problemas sociais como o hiper encarceramento de alvos bem específicos que vem posteriormente a se unir a quem realmente manda nos presídios brasileiros, o crime organizado.

Ou se reflete academicamente ou se ignora, mas, esta segunda opção não se coaduna, jamais, com a efetividade dos Direitos Humanos, que foram conquistados, com luta, com suor e com pensamento metodológico.

A academia se alimenta também de dados, que serão expostos, e que demonstram de um país que está imerso em um caos prisional, refém de seletividades que o acompanham e, espera-se, sejam superadas em breve.

As particularidades do Brasil, país escravagista, subordinado por séculos a interesses, primeiro europeus, depois norte-americanos, não são grilhões. Mesmo que o fossem, que não sejam mais. Daí a necessidade de uma legislação aplicável ao seu povo e não aprisionadora e seletivamente cruel apontada para aqueles que, historicamente, são injustiçados em nosso país.

2 A HISTÓRIA DA GUERRA AS DROGAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

2.1 AS GUERRAS DO ÓPIO

Foi no século XVIII que o mundo observou uma acirrada disputa pelo controle e distribuição de uma substância, o ópio.

Naquela ocasião, o império chinês, com a versão oficial de preocupação com o uso do ópio decidiu proibir em seus domínios a posse, venda e consumo deste psicotrópico derivado da papoula.

É sempre curioso o fato de que as versões oficiais para a proibição não são, quase nunca, a verdadeira causa para o impedimento. Em verdade, o que se nota é que a proibição nesta ocasião pode ter sido causada pela indisposição econômica do governo chinês com os produtores da papoula, países asiáticos que se avizinham à China, ou mesmo com os países europeus que controlavam a distribuição do produto.

Certo é que o consumo do ópio na China dava-se desde o século VIIe em nenhum momento anterior o governo chinês sequer havia flertado com a proibição do consumo do ópio. Anos antes, entretanto, havia efetuado a proibição de outra substância: O tabaco. E foi exatamente após a proibição do uso do tabaco que ocorreu um aumento do uso do ópio em sua forma fumável. Esta proibição do fumo do tabaco deu-se no século XVII e a pena para os infratores desta lei seria a decapitação (ARAÚJO, 2012, p. 51).

Neste ponto há algo interessante a ser observado, a proibição de uma substância, no caso o tabaco, não fez com que os usuários, sob risco de decapitação, deixassem de fumar. Podem ter deixado de lado o fumo do tabaco, mas migraram para o fumo de outra droga, o ópio. O ópio já era consumido no império chinês, mas o era, principalmente, nas formas comestível ou bebível, o uso por vias aéreas, fumável, consideravelmente mais danosa à saúde veio depois. Este fenômeno da substituição de uma substância por outra, neste caso incluindo a forma de consumo, foi percebido por Valois:

Talvez a primeira lição da proibição das drogas, esse efeito circular e agravador da situação. as proibições não resolvem nenhum problema, mas transferem os prejuízos da questão das drogas para outros locais, outras pessoas, com outras circunstancias, adiando ou não um agravamento certo. É o que alguns chamam de *efeito balão*, como se o problema fosse o ar de alguns balões interligados e que quando um esvaziasse o outro enchesse simultaneamente.(2021, p. 57)

Na época da primeira proibição do ópio, o principal país a deter a venda e distribuição do produto era Portugal, que nesta época ainda se via como uma das potências mundiais, impulsionado pela época das grandes navegações, estamos falando do ano de 1729. A vedação da venda do produto que já era largamente utilizado pelo povo chinês, de fato não trouxe o abrandamento do consumo, o que gerou foi uma sintomática corrupção de funcionários públicos chineses que vieram a facilitar a circulação do produto em suas jurisdições. Obtendo a partir da proibição, o lucro.

Além da corrupção institucional no seio da sociedade chinesa, posteriormente, o que se viu foi o enriquecimento daqueles que continuavam a comerciar o ópio devido a sua alta demanda no país asiático. A Companhia das Índias, associação com sede e financiamento oriundos da Inglaterra, com um esquema, pode-se dizer, astuto, foi a maior beneficiada:

Formou-se um esquema em que a Companhia das Índias só aparentemente respeitava a proibição do governo chinês. Empresários particulares vendiam o ópio aos mercadores chineses e entregavam o ouro e a prata obtidos na transação a Companhia da Índias, esta que convertia os metais em letra de cambio para que os empresários as pudessem trocar por libras inglesas depois. Com o ouro e a prata obtidos, a Companhia comprava o chá e as especiarias importantes para a Inglaterra. (ESCOHOTADO, 2008, p. 527).

É este o ciclo que sempre se repete, desde a antiguidade como se vê. Com a proibição de qualquer substância que possui apelo de consumo, ou seja, demanda, o que ocorre não é e não há registro histórico nenhum de que já tivesse havido, a extinção do consumo e da própria existência da substância proibida.

O que se vê, na realidade, quando há uma proibição mais severa, com maior rigor na fiscalização e maior rigorismo na punição é a escalada da violência. Isto porque elas, mesmo de maneira ilegal, são objeto vinculado ao poder monetário dos vendedores, mesmo que à margem da lei. E, pode se dizer, quanto maior a proibição, maior o risco e maior o valor de venda. Assim é desde o início do “proibicionismo”. É que quando há intromissão de qualquer Estado contra o lucro haverá retaliação feita por parte dos prejudicados, muitas vezes poderosos, pois ricos.

Foi o que ocorreu a partir de 1838 quando o governo chinês tornou mais dura a repressão ao ópio, prejudicando de fato a Companhia das Índias que era formada em síntese

por nobres ingleses e membros das altas classes econômicas deste país. Tal proibição e incômodo financeiro à alta sociedade inglesa originou, de fato, as duas guerras do ópio:

Normalmente as guerras e as proibições se dão com justificativas aparentemente corretas, justas, com base em explicações científicas ou morais, e não foi diferente nas guerras do ópio. O principal motivo dessas guerras, consenso entre os pesquisadores é que o crescimento do consumo dessa substância no século XIX fez com que se desequilibrasse a balança comercial da China, fazendo com que esta proibisse o consumo do ópio, enquanto a Inglaterra, se vendo prejudicada também em sua balança comercial, resolveu impor a venda a China pela guerra. (VALOIS, 2021, p. 42).

A primeira guerra do Ópio ocorreu de 1839 a 1844, entre China e Inglaterra, neste primeiro conflito a China foi facilmente derrotada, o que era de se esperar visto que o país europeu detinha a maior marinha do mundo e a frota chinesa ainda era composta por barcos a vela, que foram destruídos continuamente pela marinha britânica que marchou até a cidade de Nanquim, tomando-a, o que isolou Pequim e sufocou qualquer chance de reação.

Nesta oportunidade, após a derrota na guerra, a China viu-se forçada a assinar o tratado de Nanquim que previa a abertura dos portos além de pesadas indenizações de guerra e ainda a anexação da ilha de Hong Kong para o império britânico. Vale ressaltar que a ilha apenas foi “devolvida” no ano de 1997.

Já a segunda Guerra do Ópio ou pelo ópio, deu-se entre 1856 a 1860, desta vez a França também participou do conflito ao lado da Inglaterra. Os rivais históricos da guerra mais longa da história do ocidente, a Guerra das Duas Rosas, uniram-se em torno do ideal econômico, tamanho era o lucro que a venda do ópio gerava a estes países do oeste europeu na época, apesar de o discurso oficial da França ter sido de que entrara na guerra após o assassinato de um funcionário francês em uma fábrica inglesa. Este segundo confronto ocorreu após a prisão por parte dos britânicos de tripulantes chineses em seu navio. Que atacaram o navio em retaliação.

A marinha inglesa iniciou o contrataque com toda a força que detinha, gerando revolta nos chineses que ainda não haviam se recuperado moral e financeiramente da primeira guerra do ópio. Esta situação caótica levou os chineses enfurecidos a atear fogo em armazéns e fábricas inglesas no território chinês. Daí em diante, instaurou-se a guerra.

Se contra Inglaterra a China não obteve êxito, com o suporte francês, a situação tornou-se ainda mais díspar, nova derrota ao povo chinês. Esta nova derrota resultou na

assinatura do Tratado de Tianjin que impunha a abertura completa dos portos chineses para a livre circulação de produtos ingleses, incluindo o ópio, além do pagamento de densa indenização de guerra. Indenização que deveria ser paga, desta vez, não só para Inglaterra como também para a França

Contemporâneo da segunda guerra do ópio, Karl Marx (1975, p. 59) teceu duras críticas à forma como o governo inglês, liderado por Lorde Palmerson, agiu. Para o filósofo alemão, a Inglaterra não apenas impunha o comércio de uma substância danosa ao povo chinês, como instituiu no país asiático um ciclo de corrupção interna, tudo isso devido à dependência da Inglaterra do comércio de ópio. Para Marx:

As finanças indianas do governo britânico estão, de fato, dependentes não somente do comércio com a China, mas do caráter de contrabando deste comércio. Se o governo chinês legalizasse o comércio de ópio simultaneamente tolerando o cultivo da papoula na China, o tesouro anglo-indiano experimentaria uma grande catástrofe. Enquanto abertamente alega que o livre comércio está em perigo, defende em segredo o monopólio da sua manufatura. Sempre que olhamos de perto a natureza do mercado livre inglês, o monopólio é geralmente achado na base desta liberdade. (1975, p. 59)

É possível e racional realizar um paralelo entre os comerciantes ingleses e o crime organizado? Pensa-se que sim, já que, o resultado da imposição inglesa ao comércio do ópio resultou em um aumento significativo do consumo do ópio na China, de acordo com Valois:

A guerra e a imposição do comércio do ópio acabaram agravando a situação do próprio consumo, que aumentou diante da facilidade na compra e venda instituída à força. Segundo Bergen-Cico, somente no mês de novembro de 1840, 1.600.000 *pounds*¹ de ópio ingressaram na província chinesa de Chusan, com o preço do ópio caindo ao que hoje seria equivalente a 80 *cents* de dólar. (2021, p. 47)

O que foi operado na China não teve nenhuma relação com o livre mercado, como argumentavam alguns ingleses no parlamento do país. Notável que muitos daqueles que argumentavam em defesa do comércio do ópio para a China lucraram com ele.

Interessante anotar o sentimento pessoal do superintendente do comércio inglês em Cantão, Charles Elliot em carta enviada ao Primeiro Ministro, Visconde Palmerston:

¹ 1 *pound* = 453,6029 kg

Se meus sentimentos pessoais tivessem a menor influência nos assuntos importantes de natureza pública, segura e fortemente diria que nenhum homem tem maior abominação pela desgraça deste tráfico forçado que o indivíduo que assina este despacho. Vejo pouca diferença entre isto e pirataria. (ALVES, 2001, p. 82).

É possível notar o sentimento divergente entre os oficiais ingleses sobre o comércio da substância que fora injetada via guerra dentro de um país.

Os interesses econômicos sempre estiveram muito mais vinculados a qualquer proibição ou legalização do que a preocupação com a saúde pública, pelo menos ao que se observa.

Importante anotar que o declínio do consumo do ópio na China nesta época não se deu com endurecimento de penas ou com instrumentalização de equipe policial ou militar. A China conseguiu diminuir o consumo do ópio, que estava a níveis endêmicos no país, não proibindo, mas com política pública:

A partir de 1870, depois da segunda guerra do ópio, com as importações de ópio sendo legalizadas, diminuiu o crescimento do consumo de ópio na China. Por ter deixado de ser proibido e por significar a exploração de um povo estrangeiro, o ópio foi aos poucos perdendo o seu apelo junto à população. Em 1880 o imperador muda radicalmente sua política e coloca em prática programas de informação pública, criando instalações hospitalares para atender os casos agudos relacionados à droga, abatendo, então, de vez, os interesses britânicos (CARLOS, 2021, p. 49)

Extraí-se uma lição: Não é a proibição de uma substância largamente utilizada que fará com que ela pare de ser utilizada. Na realidade, os governos e, como consequência de suas escolhas, os Estados, tem de se abster da ultrapassada imagem e ação paternalista. Ao assumir uma posição mais propositiva, informativa e tratar a questão como ela realmente é, um problema de saúde pública, sempre alcançarão resultados mais contundentes.

2.2 A GUERRA AS DROGAS NOS EUA – O MODELO IMPORTADO PELO BRASIL

A história dos EUA sempre esteve pautada pela íntima ligação com os interesses econômicos. Sensível que o país norte americano, após a Segunda Guerra Mundial, se

comporta como uma espécie de superego da humanidade, um organizador mundial dos valores e da moral.

Embrenha-se vez ou outra em guerras com motivações suspeitas, como uma espécie de Dom Quixote, contra inimigos de fachada, como o comunismo no Vietnã, e as supostas ogivas nucleares, jamais encontradas no Afeganistão e no Iraque.

Assim também foi moldada a política norte americana no tangente às drogas. E, deve ser ressaltado, por compromisso histórico:

Foi o lucrativo comércio do ópio que foi a base da fortuna de diversas famílias norte americanas ligadas ao comércio e à política. Entre os que construíram suas riquezas com o comércio do ópio estão Delano, avô do presidente Franklin Delano Roosevelt; os Forbes, família da qual descende Steve Forbes, candidato a presidente dos EUA entre 1996 e 2000, além dos Low, Peaboy, Perkins e Russel. O comércio do ópio criou um pool de capital que alimentou o sistema financeiro/bancário dos EUA, possibilitando o desenvolvimento da infraestrutura de transporte e informação daquele país. (LOWER, 1981, p. 87).

É sempre muito curiosa esta tendência dos EUA de se colocar como uma espécie de evangelizador de povos e, mesmo internamente, este fenômeno ocorreu em larga escala, patrocinando verdadeiras cruzadas morais, empunhando a religião como ferramenta para a internalização de valores morais institucionalizados no país:

Os reformadores evangélicos norte-americanos buscavam a reforma da sociedade com base em conceitos morais próprios de sobriedade dos cidadãos. A população precisava ser redimida de seus defeitos morais, caso contrário, a democracia ficaria à mercê de incrédulos e pecadores, pessoas que vivem em meio a 'infidelidade', palavra utilizada naquele contexto para designar toda e qualquer afirmação exclusivamente mundana ou a negligência da fé.(KARNAL, 2008, p. 120).

Compreende-se que o interesse norte americano no combate às drogas em territórios externos ao seu, como na América Latina, tem como grande motivação seus interesses imperialistas.

Isto é aferível se considerarmos, por exemplo, desde a doutrina Monroe, os interesses, norte americanos, na região das América do Sul e Central:

Surgida como reação aos interesses europeus na América hispânica, a doutrina pode ser resumida no lema “A América para os americanos”. Isto é: os EUA, na luta pela sua emergência geopolítica contra as potências europeias, estendiam seu raio de influência econômico-militar ao resto do continente, e determinaram, por juízo próprio, o direito de intervirem nos países alheios. Fundamental acentuar que a Grã-Bretanha, desde o início, respaldou a Doutrina Monroe, segunda afirma o professor da American University Harold E. Davis, em seu livro *History of Latin America* (1968). Isso confirma a convergência de interesses entre o Império britânico ascendente e sua ex-colônia estadunidense. Convergência essa que favorecerá à Grã-Bretanha impor sua hegemonia no mundo até a 1ª Guerra Mundial e, depois, a transferência dessa hegemonia para os EUA, consolidada com os Acordos de Bretton Woods em 1944 e a vitória atômica desse país ao final da 2ª Guerra Mundial, tendo o Japão como vítima. Assim, pode-se entender a constante desestabilização coordenada desde os EUA e suas embaixadas, em conluio com as oligarquias (antinacionais), para derrubar governos nacionalistas e consolidar governantes lesivos aos interesses do próprio país, frequentemente autoritários. A permanência e a continuidade do golpismo como prática política das oligarquias latino-americanas vincula-se diretamente à permanência e à continuidade da Doutrina Monroe, claramente reforçada após a elevação dos EUA superpotência hegemônica entre os países capitalistas após a 2ª Guerra Mundial. E por que o golpismo interessa aos EUA e às oligarquias apátridas latino-americanas? Porque só assim podem manter regimes indiferentes à sua legitimidade social e aos destinos das populações, voltados única e exclusivamente para abastecer o setor produtivo estadunidense, e de seus aliados, dos recursos naturais indispensáveis ao seu desenvolvimento. O controle territorial e cultural dos países conquistados é fundamental para a reprodução do ‘capitalismo real’. A Doutrina Monroe assemelha-se, assim, à geopolítica de Friedrich Ratzel, para quem era inevitável e desejável que os ‘Estados superiores’ lançassem-se à conquista do solo alheio para a ampliação do seu próprio “espaço vital”. Contudo, se para Ratzel a anexação imperialista era direta, a Doutrina Monroe promove uma anexação indireta, mantendo a independência formal das suas colônias (à exceção de Porto Rico), mas não menos efetiva, haja vista a eficácia dos EUA em influenciarem as movimentações internas das oligarquias latino-americanas e controlarem os destinos desses países. (QUINTAS, 2019, p. 4).

O Brasil em grande parte de sua história adotou uma postura de servilismo para com as ações norte americanas e suas políticas de controle. São palavras de Joaquim Nabuco citado por Foster (2011, p. 91): “O Brasil sempre verá os Estados Unidos tomar as grandes

iniciativas na direção do nosso comum ideal americano, com o mesmo interesse continental e a mesma seguridade nacional”.

E não se pode, de maneira racional, realizar um juízo de valor sem perceber que os interesses dos Estados Unidos da América não foram a proteção da saúde de seu povo, menos ainda a preocupação com a saúde dos povos estrangeiros. Como afirma MCallister (2000, p. 27)“A questão ‘droga’ sempre esteve ligada com problemas de segurança nacional e crescimento econômico, objetivos políticos em conflito, intrigas por posições burocráticas, defesa de prerrogativas culturais e vicissitudes de personalidade”.

A relação norte americana com o comércio de drogas teve início com o transporte de ópio para a China. Lucravam com a venda de drogas, exportando a para a Ásia, através de suas companhias.

Foi apenas quando a China passou a lidar de maneira mais racional com seu problema de saúde pública (políticas de informação social, sistema de tratamento eficiente etc.) que os EUA prevendo baixo lucro com a contundente diminuição do consumo editou leis proibindo o comércio da substância para o país asiático.

Eis que na primeira década do século XX, Inglaterra e Índia foram paulatinamente se reaproximando da China. Fato que preocupou o governo norte americano, pela possibilidade de acordos comerciais sólidos entre estes países, começou a se organizar para realizar aquilo que seria o início das legislações internacionais antidrogas, mas para compreendê-las, é preciso compreender os EUA também em âmbito doméstico.

2.3 THE HARRISON ACT

Este é um marco histórico na política antidrogas na medida em que fez parte da forma como os norte americanos vinham tratando em sua casa o comércio de drogas e ele é realizado mediante forte *lobby* das indústrias de fármacos.

“Uma Conferência Nacional sobre o comércio de Drogas, a *National Drug Trade Conference*, foi realizada por membros das áreas de medicina, farmácia, fabricantes e comerciantes de drogas, em janeiro de 1913, após o que passaram a exercer pressão para a alteração e inclusão de propostas suas na lei em gestação no Congresso. O forte *lobby* das indústrias médicas e farmacêuticas venceu e conseguiu alterar o *Harrison Act*, fazendo mesmo corresponder as suas expectativas. O *Harrison Act*, na verdade, a primeira experiência do trato da questão da droga como questão médica. Os médicos passaram a ter um poder até então desconhecido deles mesmos, mas que logo se mostrou prejudicial e manipulável, contrário aos próprios interesses.”

Havia previsão na lei de que “os médicos, prescreveriam as drogas de boa fé e, fariam isso somente dentro dos objetivos de sua prática profissional” (BERTRAM et al., 1996, p. 68).

Em matéria penal, por observância e respeito ao princípio da legalidade, sabe-se que fragilidade de conceitos, expressões utilizadas de maneira genéricas são prejudiciais, pois abrem espaço de interpretação indevida. A fragilidade em questão deste texto ocorre quando o legislador estadunidense traz a expressão “de boa fé”, tratando da prescrição das drogas.

O Harrison Actreinagurou a era da incerteza do Direito Penal, este que vinha desde os primeiros pensadores iluministas tentando zelar pela certeza da definição do crime e da pena, especialmente a América Latina, tornou o direito que pune de maneira mais severa um direito incerto e ambíguo, invertendo expressamente o jogo de forças, fazendo o poder policial se sobressair sobre a liberdade do cidadão. (VALOIS, 2019, p. 88.)

O que se viu foi a criminalização da própria profissão de médico, na medida em que o poder repressivo se voltou contra eles. Muito em decorrência da fragilidade da construção da lei, do caráter genérico de conceitos nela empregados e do nascedouro do mercado clandestino:

“O mercado clandestino nasceu imediatamente após promulgado o *Harrison Act*. A polícia responsável pelo controle e cumprimento da norma não era uma polícia criminal. Aos agentes do tesouro foi atribuída a responsabilidade de zelar pelo cumprimento da nova legislação, de perfil mais administrativo do que penal, muito embora os médicos ou farmacêuticos que violassem as normas de registro estivesse prevista a possibilidade de até 05 anos de prisão. (VALOIS, 2019, 89)

É sinado proibicionismosucumbir ao fracasso. Derrocada que desemboca no sistema carcerário, invariavelmente superlotando-o e o conduzindo ao colapso.

Não foi diferente com o *Harrison Act*:

“O resultado deste estado de coisas não e difícil de imaginar. Os médicos passaram a ter medo de continuar receitando as drogas e os usuários iam buscá-las no mercado clandestino, tornando a substancias mais caras e o trafico mais vantajoso ao comerciante ilegal. Ao mesmo tempo, os fiscais-policiais do governo ficaram mais vulneráveis a corrupção e, a quantidade de escândalos envolvendo agentes federais de narcóticos aumentou consideravelmente: só entre 1920 e 1929, 752 agentes, representando 28% do total, foram demitidos por envolvimento com o tráfico ilegal,

por abandono de função, por apresentar relatórios falsos, perjúrios, fraudes e outras acusações.” (VALOIS, 2019, p. 91).

Assim, o que se vê é que mesmo quando a problemática das drogas foi transferida para domínio médico não se obteve avanço nos objetivos pretendidos.

2.4 A PROIBICAO DO ÁLCOOL E DA MACONHA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA:

O álcool foi proibido em terras americanas do norte entre os anos de 1920 a 1933. E não tem erro, sempre que se proíbe a circulação, venda, depósito etc. de qualquer substância que tenha apelo comercial, nascerá o mercado clandestino. (Al Capone que o diga).

Além do nascedouro destas organizações marginalizadas, os EUA passaram por outros problemas por oportunidade da criminalização do Álcool:

“Além da superlotação dos Tribunais, abarrotados de processos relacionados a proibição, a população, que apenas externamente se mostrava favorável ao rigor da legislação, continuava consumindo bebidas alcoólicas, criando-se um ambiente de cinismo cada vez mais difícil de ser camuflado, situação agravada com a participação dos próprios agentes responsáveis pela repressão. Como diz Mike GRAY, “um oficial poderia triplicar o seu salário anual em um único dia, bastando que olhasse para o outro lado” (VALOIS, 2019 p. 108)

Apesar da grande crença dos legisladores puritanos norte americanos na exequibilidade da medida, ela não foi exitosa.

“A crença na lei foi muito forte no início do episódio da proibição do álcool. A força da Constituição norte americana indicava aos legisladores que a simples proibição causaria o fim do consumo, afinal, nunca uma emenda constitucional tinha sido revogada. Poucos poderiam imaginar, mesmo sabendo-se que deputados e senadores continuavam servindo bebidas alcoólicas para seus convidados em seus gabinetes, que, quando a polícia fechasse uma cervejaria clandestina e derramasse o líquido proibido no ralo, a população do bairro correria com latas e baldes para colher a cerveja jogada fora, comemorando na noite do mesmo dia, com festa, a alegria proporcionada pela atividade repressiva”.

Posteriormente, com o estouro da grande crise econômica de 1929 a lei seca foi paulatinamente sendo desestruturada até que em 1933 o governo norte americano revogou a proibição de produção de cerveja.

Já quanto a maconha, conjectura-se acerca de duas teorias sobre a razão de sua proibição:

“A primeira é de que Aslinger² teria sido responsável por um *lobby* no Congresso a fim de reforçar a *Federal Bureau of Narcotics* – FBN, que presidia. E a segunda hipótese é a de que a proibição da substância seria resultado do xenofobismo oriundo do sudoeste norte americano³. Contudo, não são teorias contraditórias e, podem perfeitamente serem consideradas, em conjunto, fatores influenciadores da legislação norte americana que proibiu a maconha”.

Na época, ainda, discursos sensacionalistas e desprovidos de qualquer evidência científica eram disseminados na sociedade norte americana, a título de exemplo:

“Uma família inteira foi assassinada por um jovem viciado na Flórida. Quando os policiais chegaram na casa, encontraram o jovem cambaleando em um matadouro humano. Com um machado ele havia assassinado seu pai, mãe, dois irmãos e a Irma. Parecia estar entorpecido. Ele não lembrava que tinha cometido o múltiplo assassinato. Os oficiais o tinham como são, um jovem bastante calmo; agora, lamentavelmente, estava enlouquecido. Eles procuraram a razão. O garoto disse que tinha o hábito de fumar com seus amigos algo chamado como “*muggles*”, nome ingênuo dado a marijuana (STRAIGHT, **The twofinger diet**, 2005, p. 65)”.

A mídia e os meios de comunicação são veiculadores de discursos de tal mote, naturalmente, neste sistema, precisam lucrar com notícias sensacionalistas. O que não se pode é deixar com que eles contaminem a razão e afetem a disposição de racionalidade que sempre deve pautar as políticas criminais.

2.5 A INTERNACIONALIZACAO DE UMA POLÍTICA REPRESSIVA NA QUESTÃO DAS DROGAS

Sempre capitaneado pelos EUA, o mundo inicia o processo de estruturação de um sistema burocrático internacional para lidar com a questão da guerra as drogas. Seus argumentos, muito pautados pelo sentimentalismo e puritanismo, somado ao vertiginoso crescimento no sentido de importância geopolítica que este país foi conquistando, fizeram com que suas pautas e suas diretrizes no atinente a esta questão fossem norte bussolar a ser seguido pelo restante do mundo ocidental.

²Harry Jacob Anslinger (20 de Maio de 1892 - 14 de Novembro de 1975) foi um **Comissário do serviço de Narcóticos dos Estados Unidos**, cargo criado durante a gestão do presidente Herbert Clark Hoover (republicano, ex-secretário do comércio).

³DUKE, Steven; GROSS, Albert C. **Americas longest war**. California, p. 238.

As primeiras Convenções internacionais de relevância sobre a matéria foram as de Xangai e de Haia. Imperioso destacar também a importante participação de um órgão criado após a Segunda Guerra Mundial: A “Liga das Nações”, ordem idealizada e liderada por Woodrow Wilson, presidente norte americano na época. Interessante que Wilson foi o primeiro presidente norte americano a assinar uma lei federal contra as drogas em âmbito doméstico.

Nesta época, em meio à Primeira Guerra Mundial, os EUA eram vistos como a maior potência mundial e, de fato eram. Tendo sido o maior fornecedor de suprimentos e financiador da reconstrução dos países mais castigados pelo evento militar.

Neste sentido a reflexão de LENIN: “Os multimilionários norte-americanos são mais ricos que todos e se acham em uma localização geográfica mais segura. Ganharam mais do que ninguém. Converteram em tributários seus, todos os países, inclusive os mais ricos.” A Inglaterra, por exemplo, devia 5 bilhões de dólares aos EUA⁴.

Foi nesta época assinado o Tratado de Versalhes, que foi notoriamente um dos principais acordos para o cessar fogo em solo europeu. Na ocasião ficou estabelecido que aqueles países que não tivessem assinado o Tratado de Haia, também conhecido como Convenção Internacional do Ópio, no ato da assinatura do Tratado de Versalhes, manifestassem aceitando o Tratado de Haia, de 1912, uma espécie de cavalo de Tróia do Direito Internacional.

Evidentemente o Tratado de Versalhes continha temas muito mais abrangentes do que a questão da política criminal internacional relacionada com o tema das drogas. Percebe-se que este relevante tema foi, internacionalmente, tratado como questão secundária, talvez propositalmente.

O artigo do Tratado responsável por esta manobra possui o seguinte texto:

“Artigo 295 – Aqueles entre as Altas Partes Contratantes que ainda não tiverem assinado ou que tiverem assinado e ainda não tiverem ratificado, a Convenção do Ópio, assinada em Haia em 23 de janeiro de 1912, concordam em colocar a referida Convenção em vigor, e para tanto promulgar a legislação necessária sem adiamento ou no prazo de doze meses contados da entrada em vigor do presente Tratado.

Outrossim, acordam que a ratificação do presente Tratado deve, no caso dos poderes que ainda não tiverem ratificado a Convenção do Ópio, ser considerada em todos os aspectos equivalentes como a ratificação daquela Convenção e como assinatura do Protocolo Especial que foi aberto em Haia em acordo com as Resoluções adotadas na Terceira Conferência do Ópio de 1914 para colocar a dita Convenção em vigor. Para

⁴ REVUNENKOV, V. G. **História dos tempos atuais**: 1917/1957, 1969, p. 58/69.

tanto o Governo da República Francesa enviará ao governo da Holanda uma cópia certificada do Protocolo de Depósito de Ratificações do presente e deposite a referida cópia como se fosse depósito de ratificações da Convenção do Ópio e assinatura do Protocolo Adicional de 1914 (BRASIL, Diário Oficial, 13 de janeiro de 1920)

Partes assinantes, como a Alemanha, que havia se oposto à assinatura do Tratado de Haia, diante das condições do período de guerra (fome, destruição etc.) foram praticamente forçadas a aderir.

2.6 CONVENÇÃO ÚNICA DE ENTORPECENTES

Marca o início de uma coalizão internacional para o estabelecimento de uma política criminal única e que traça as diretrizes para o atual modelo adotado pelo Brasil.

Ocorrida em 1961, já com a hegemonia dos EUA perante o mundo, conquistada após o término da segunda guerra mundial, momento em que também já era sedimentado um sistema orientado pela ONU.

Nela se nota uma expansão dos verbos típicos, semelhante ao que se vê na lei de drogas atual do Brasil. O primeiro parágrafo dispunha:

Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade. (UNITED NATIONS, 1973, p. 145).

Nilo Batista, ao citar Heleno Fragoso, denominou a expansão de verbos típicos como *panpenalismo*: “Toda alteração no sentido da multiplicação dos verbos é sintomática para *panpenalismo* da proposta, para o delírio de uma ilicitude contínua e inescapável” (BATISTA, 1997).

Exposto já no preâmbulo, seus objetivos, sendo adotado o discurso sanitário, colocando a problemática das drogas, ao menos de maneira expressa, como de saúde pública, como se verifica do texto original:

Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, Conscientes de seu dever de prevenir e combater êsse [sic] mal. (PIERANGELI, 2004, p. 125)

É neste ponto que a política criminal de intensa repressão às drogas ganham repercussão internacional. A Convenção foi incorporada pelo Brasil em 27 de agosto de 1964, pelo Decreto Lei 54.216/1964 (BRASIL, 1964).

Geopoliticamente, percebe-se que:

A Convenção de 1961 serviu para legitimar o controle estadunidense sobre certas áreas da América Latina (mais particularmente, os Andes) e do sudeste asiático, onde essas plantas (respectivamente, o arbusto de coca, de onde se extrai a folha, e a dormideira, da qual se extrai a papoula) são tradicionalmente cultivadas (LIPPI, 2015, p. 75)

Sobre a uniformização do pensamento internacional, aos moldes do modelo de consumo e consumidor, é objeto de crítica da escola frankfurtiana. Neste sentido podemos citar Adorno quando analisa a forma como os Estados Unidos da América, importando da psicologia e também da biologia o termo *conditioning*: “A total pré formação do homem pela intervenção social, por intermédio da geração do homem pela intervenção social, por intermédio da geração artificial e pela direção técnica da consciência e do inconsciente nos primeiros estágios da vida até a *deathconditioning*, ou seja, até a morte condicionada” (ADORNO, 1962).

Inegavelmente os EUA foram os grandes vitoriosos nesta Convenção. Conseguiram inserir no debate suas pautas e interesses. Nesse contexto, a Convenção Única sobre Entorpecentes teve a adesão recorde de 74 países.

Quanto ao Brasil:

“Ratificou a Convenção junto com os primeiros países, em 1964, antes inclusive dos EUA, vez que, por aqui, até os médicos se transformaram em policiais. No relatório brasileiro do mesmo ano da Convenção única sobre Entorpecentes, assinado pelo Dr. Décio Parreiras, representante até então do Brasil no então ainda em funcionamento Conselho Permanente do Ópio, o PCOB, vê-se claramente um padrão que se tornou constante. O Brasil tentando enaltecer suas medidas policiais de combate ao entorpecente. Não importa se o senhor Décio era médico, sua função em um Conselho de Entorpecente precisava ter características policiais: seu relatório, de janeiro de 1961, relata operações policiais e a necessidade de combate da droga na fronteira” (VALOIS, 2019).

Vemos que, seguindo a linha dos encontros anteriores, esta Convenção de 1961 teve impacto sobre 74 países que seguiram as diretrizes norte americanas.

2.7 A CONVENÇÃO SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1971

Ocorrida em 1971, novamente sob o controle da ONU, foi inovadora ao incluir em seu âmbito de proibição das drogas consideradas psicotrópicas. Estas substâncias como a *cannabise* o LSD eram utilizadas na época pelos *hippies*, notadamente críticos da conjuntura política norte americana:

É importante mencionar que o uso de drogas como a *cannabis* e o LSD foram símbolos da cultura hippie nas décadas de 1960 e de 1970. Era muito conveniente para os Estados Unidos criminalizarem, naquele momento, esse segmento populacional, porque ele desafiava a cultura belicista desse país. E os instrumentos através dos quais essa repressão se legitimou foram as Convenções de 1961 e de 1971. Dessa forma, pode-se dizer que ambos os tratados foram fundamentais para um processo de criminalização primária desse segmento populacional. (VALOIS, 2019).

Em 1971, já ocorria faziam doze anos a Guerra do Vietnã que ao tempo era alvo de contundentes críticas pela cultura *Hippie* (PORTAL MEMORIAS DA DITADURA, 2021).

Nesta época, ainda, as indústrias farmacêuticas fizeram forte pressão, leia-se *lobby*, para que o texto final lhes fosse aprazível.

É o que o historiador KUZEVIC percebeu:

“Havia uma delegação que englobava seis pequenos países latinos, mas que era encabeçada por uma pessoa que não falava espanhol, sendo que logo se descobriu se tratar de um suíço, o qual não era nem diplomata nem técnico em drogas, mas representante de uma grande empresa farmacêutica européia na América do Sul. Ele e os cinco outros delegados latino americanos eram inseparáveis durante a conferência. Os seis delegados tinham sempre a mesma opinião – negativa sobre as medidas de controle – e votavam igual. Isso era causa de riso entre muitas outras delegações”. (VALOIS, 2019, p. 138)

Não há espaço para ingenuidade no que se concerne a interesses macroeconômicos em escala global. Sempre, em uma sociedade cada vez mais globalizada e capitalizada, o exercício de compreensão das tratativas passa, invariavelmente, pelas negociações que ocorrem nos bastidores.

2.8 CONVENÇÃO SOBRE O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1988

Aqui pela primeira vez é prevista, em um texto de Direito Internacional, a punição para usuários de drogas:

O artigo 3º, parágrafo 2º da Convenção de 1988, ao tratar da criminalização da posse, aquisição ou cultivo de drogas para consumo próprio, afirma que as medidas necessárias para caracterizá-la enquanto delito devem estar de acordo com os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico de cada Estado-parte desse tratado, o que dá margem a que medidas penais para implementar esse tratado que estejam em desacordo com direitos fundamentais constitucionalmente assegurados possam ser derogadas. (ONU, 1988)

Vale ainda transcrever esta interessante reflexão:

Dessa forma, nesse contexto de fim de Guerra Fria, a Convenção de 1988 e o uso de termos bélicos nela presentes podem ser vistos como uma forma de procurar um inimigo coletivo para o país que substituiu a antiga potência opositora, o que foi utilizado pelos Estados Unidos para manter a coesão nacional dentro do país (ONU, 1988)

Neste encontro internacional, também conhecido como Convenção de Viena, os EUA se mostram concentrados em viabilizar a utilização de mecanismos, ou instrumentos para realizar ingerências em países dotados de soberania. Aos moldes do que já vinham fazendo na América do Sul, com a já citada Doutrina *Monroe*.

Para compreensão, é necessário destacar que o mundo já estava habituado há praticamente seis décadas com a política de guerra e repressão capitaneada pelos EUA e, assim:

“Os anos de proibição que antecederam 1988 ajudaram a criar e fortalecer grupos organizados para o comércio das substâncias consideradas ilegais ao mesmo tempo em que forjou o pensamento estreito, norte-americanizado, de que a questão das drogas só poderia ser tratada com combate, com guerra, com criminalização. Em 1988 já tínhamos juizes, promotores, policiais e, principalmente, diplomatas que nasceram dentro dessa mentalidade, sem capacidade de pensar o mundo diferente, ou seja, o mundo como era antes da proibição. O discurso restrito – redutor das próprias iniciativas por ele pretendidas – dos funcionários de cada país nas conferências sobre drogas, continua sendo resultado dos limitados conhecimentos sobre o tema desses funcionários, mas, mais próximos do fim do Século XX, no auge da cruzada contra as drogas, é maior a impossibilidade de se pensar diferente, de se fugir de um pensamento policial a respeito das drogas” (VALOIS, 2019.).

O discurso e as intenções norte americanas quanto a este tema continuaram a seguir a linha adotada lá atrás, ainda na Guerra contra o Ópio: “A Convenção de Viena vem agravar esse quadro, universaliza a cruzada contra as drogas, consagrando o estado policial e o regime de monopólio do narcotráfico por parte dos setores corruptos das forças de segurança da maioria dos Estados, sendo por consequência uma legislação criminógena (BOUVILLE, 2000)”

A estratégia dos EUA era aprovar um texto cada vez mais repressivo e agressivo na esfera penal, podemos extrair esses fatos da própria Estratégia Nacional para o Controle de Drogas:

“Qualquer um que venda droga – e (em uma grande medida, embora pouco compreendida) qualquer um que as use – está envolvido com o comércio criminoso internacional que mata milhares de americanos por ano. Para os piores e mais brutais gângsters de drogas, a pena de morte é uma sentença apropriada para uma justiça honesta. E para os vários crimes associados com o tráfico e com o uso, muitas outras severas e coerentes medidas antidrogas propostas em anos recentes tem seu espaço e devem ser empregadas (...) A origem das drogas mais perigosas que ameaçam nossa nação é principalmente internacional. Poucas ameaças estrangeiras são mais custosas para a economia norte americana. Nenhuma causa mais danos a nossos valores e instituições nacionais ou destrói mais vidas (...) A Convenção é de fundamental importância para a cooperação internacional eficaz no combate as drogas. Os Estados Unidos devem ratificá-la o mais rápido possível e aprovar leis que a tornem executável. Nós também devemos tornar prioridade nas relações bilaterais, a

ratificação dos demais países, especialmente aqueles produtores do trânsito de drogas” (EUA, 1989).

O que se nota é uma estratégia com contornos, inclusive, de declarar um inimigo comum, de estabelecer o *grande mal* das drogas, fazendo com que, desta forma, tal contorno seja o mais amplo possível.

A Convenção de Viena foi aprovada e, no Brasil, ratificada através do Decreto Lei nº 154, de 26 de junho de 1991.

3 LEGISLAÇÕES ANTIDROGAS NO BRASIL

Prioritário dizer que nenhuma legislação de repressão de substâncias ilícitas pensou o Brasil como país, como povo, complexo e interessante que é. Sintoma grave de servidão que nos acompanha, talvez pela não detenção dos meios de capital, diferentemente do que aconteceu com os EUA, que pautam sob égides de legalidade, seus interesses ao mundo abaixo da América do Norte, em um exercício de poder.

Isto fica claro ao se observar as primeiras legislações anti-drogas expressadas no país. Algumas substâncias na época foram simplesmente incorporadas de maneira cômoda aos interesses do poder e assim seguiu a política repressiva brasileira:

Ainda durante as Ordenações Filipinas, havia a determinação, em seu livro V, Título que: “Ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso” (ORDENACOES FILIPINAS, 1603, p. 497).

O rosalgar é um material químico, composto por óxido de arsênio, utilizado à época como raticida. Esta substância não é consumível para seres humanos, nem para ratos, inclusive. Posto isso não pode ser considerada como droga. Neste mesmo livro havia a expressa proibição da venda de materiais considerados venenosos (CARVALHO, 2014).

Aferem-se nestas primeiras legislações uma fraqueza de conceitos, e nota-se, também, que as proscricções continham formas abstratas e genéricas, exatamente por inexistir uma previsão legal que conceituasse o que eram os materiais considerados “venenosos” que aparece na primeira frase do texto legal.

Em 1912 isto começa a mudar, com a subscrição do Brasil ao Protocolo suplementar de assinaturas da conhecida Conferência Internacional do Ópio, capitaneada pelos EUA, que ocorreu em Haia, na Suíça.

Após a subscrição nesta conferência, foi promulgado no Brasil o Decreto nº 2.961/1914. Este sim indicava as substâncias as quais se pretendia coibir. O decreto tinha relação com: “O abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína” (BRASIL, 1914, p. 397).

Nesta época, o modelo adotado para coibir ou controlar o acesso e a continuidade de uso destas substâncias era o sanitário. Isto significa que o usuário não era preso ou tratado como criminoso, mas valendo-se de leis existentes à época para o combate de doenças infecciosas como a varíola e a febre amarela, o Estado impunha a internação compulsória e não havia previsão sobre uso terapêutico de substâncias.

Salienta-se que estas drogas: cocaína, ópio e morfina eram raríssimas, para não dizer inexistentes para o povo brasileiro (MATOS, 2021). Só poderiam acessá-las aqueles que contavam com o auxílio do desvio de médicos e profissionais que tinham contato profissional com tais substâncias para a destinação do uso. Raríssimo. Os profissionais que tendo acesso aos exportadores destas substâncias e as importavam sem a devida burocracia eram processados, mas pelo crime de contrabando.

É em 1932 que o termo entorpecente aparece pela primeira vez na legislação brasileira e a pena de prisão é prevista concomitantemente à pena de multa. (CARVALHO, 2014).

Em 1964, na ditadura militar, que o Brasil entra, através da aprovação e promulgação da Convenção única sobre Entorpecentes através do Decreto-Lei n.º 54.216/64, internacionalmente, no time que tinha como líder os EUA e como objetivo o combate mais radical e proibitivo às ditas drogas e seu consumo.

Quatro anos depois, em 1968, ainda no regime de ditatorial que foi promulgado o Decreto-Lei 385/68 que instituía o tratamento igualitário entre usuário e o traficante, punindo-os nos mesmos moldes, como se vê da letra da lei: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (BRASIL, 1968, p. 1).

Três anos depois, em 1971, novo decreto é promulgado, diferenciando o tratamento entre usuário e vendedor, enquanto previa para este último a pena de prisão de 01 a 06 anos e multa (Artigo 281 da Lei 5726/71), para o usuário previa, no capítulo II, “Da Recuperação dos Infratores Viciados”, internação em hospital psiquiátrico pelo “tempo necessário à sua recuperação” (art. 10), se o vício diminuísse, mas não suprimisse, poderia ser determinada a transferência para estabelecimento hospitalar (art.11) (BRASIL, 1971).

Percebe-se a volta do modelo sanitário na lei. Entretanto, é importante rememorar que as instituições psiquiátricas brasileiras à época eram muito criticadas por defensores dos Direitos Humanos e, nesta mesma década se iniciou o movimento antimanicomial⁵ neste país. Para citar um exemplo, a trágica história do manicômio de Barbacena – MG:

Os tratamentos funcionavam à base de tortura: utilizavam cadeiras elétricas, solitárias e camisas de força. Os pacientes eram submetidos a situações precárias, como fome e sede. Em alguns casos, chegavam a beber a própria urina. Nos pátios,

⁵ Neste sentido o filme: O Bicho de Sete Cabeças com roteiro de Luiz Bolognesi e direção de Lais Bodankzy.

viviam nus e em meio a ratos e baratas, além de urinarem e defecarem no chão. (SOUZA, 2020, p. 5).

Em 1976 surgiu outra inovação legislativa, a Lei. 6386/76. Desta vez, voltando a punir o usuário, em seu artigo 16, a uma pena de 06 meses a 02 anos e multa. Os verbos do tipo são: adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Tanto em 1971, quanto em 1976, as legislações atinentes ao tema previam a possibilidade de utilização de elementos terapêuticos das substâncias consideradas como entorpecentes, mas dependendo do aval, controle e fiscalização da União.

No art. 4º, III e IV, da Lei 5.276/71, existe a previsão de autorização das autoridades competentes para a utilização “destas plantas”, dentre elas a *cannabissativa*, para fins medicinais:

Art. 4º No combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica serão aplicadas, entre outras, as seguintes medidas preventivas:

[...]

III - A licença e a fiscalização, pelas autoridades competentes, para a cultura dessas plantas com fins terapêuticos e científicos;

IV - A licença, a fiscalização e a limitação, pelas autoridades competentes, da extração, produção, transformação, preparo, posse, importação, exportação, reexportação, expedição, transporte, exposição, oferta, venda, compra, troca, cessão ou detenção de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, para fins terapêuticos e científicos; (BRASIL, 1971).

Já a Lei nº 6.836/76 tem neste aspecto a mesma inteligência da lei anterior, como se percebe da literalidade do parágrafo 2º do artigo 1º:

Art. 1º. É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica [...]

§2º A cultura dessas plantas com fins terapêuticos ou científicos só será permitida mediante prévia autorização das autoridades competentes. (BRASIL, 1976).

Este é o mesmo posicionamento adotado pela Lei 11.343/06 que disciplina a matéria atualmente:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas. (BRASIL, 2006).

Ao menos, existe há quatro décadas a previsão para a permissão de plantar, colher e trabalhar com substâncias com fins terapêuticos e medicinais, mas, nas três legislações que versam sobre a matéria, isto se torna condicionado à autorização da União que deve determinar local e prazo predeterminados, mediante fiscalização e respeitadas as ressalvas da lei.

A Lei 11.343/06 prevê, por exemplo, a possibilidade da utilização de medicamentos à base de *cannabis*, mas requer a autorização da União para a importação.

É, portanto, taxativa ao proibir todos os usos de drogas consideradas ilícitas. A única exceção é o uso para fins de pesquisa e medicinal (art. 2º, parágrafo único).

Dessa forma, seria possível regulamentar a norma e a partir desta ação, pautar regras seguras para realização desse cultivo, ainda que mediante autorização do poder público.

3.1 UMA ANÁLISE ACERCA DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL SOB A ÓTICA DO CONCEITO DA DINAMOGÊNESIS

Se desde 1971 existe a previsão para uso terapêutico da substância *cannabis* porque se discute hoje no STF ADI 5708 em âmbito judiciário e no PL 399, a discussão com contornos dramáticos sobre a descriminalização do uso desta substância para fins medicinais?

Deve-se ao fato de que a atual política de drogas brasileira é ultrapassada, não se diz aqui que a atual Lei 11.346/06 seja maléfica, pois, talvez com boas intenções, mas se percebe nela um sintoma de fraqueza que necessita de evolução e aprimoramento: A amplitude dos verbos e a fraqueza de critérios de distinção entre usuários e traficantes.

A lei é uma manifestação humana, isto não se nega e, assim, tende a traçar os limites do aceitável e do inaceitável para uma convivência humana saudável em sociedade e, como

produto humano, a lei é mutável de acordo com os anseios e necessidades sociais. E estes fatores são interligados à momentos históricos, culturais, que existem pelos fatos e acontecimentos que permeiam toda a história humana.

À esta realização de metamorfose de certo valor à lei, dá-se o nome de processo de Dinamogênese. Conceito que serve como bússola a esta reflexão. Dentro do universo morfológico, este conceito captura um fenômeno importantíssimo e necessário, a adequação legal ao caminhar do tempo, senhor de tudo.

Como se houvesse uma ligação entre o tempo e o valor e deste para normatização. Assim, os momentos políticos, econômicos, sociais, tudo isso impacta no processo legislativo, típico ou atípico e, assim, também, no processo da conquista de direitos, especialmente no que tange à superação legal, do ponto de vista da posituação, de uma visão punitivista míope.

É imperioso admitir que as sociedades e suas leis são produto de seu tempo. (O que não é?) E por isto os valores que as permeiam são também mutáveis. Aquilo que no passado poderia ser inconcebível, legalmente, já não o é no presente e o que é no presente, não necessariamente será no futuro. As aspirações e valores que representavam os *fumus* vigentes, à tal época, hoje e amanhã podem se dissipar. Assim será moldada a lei. Sempre caminhando conforme os valores de determinado tempo.

Exemplarmente, pouco tempo existia no país o regime escravocrata e o voto era proibido às mulheres. Então sobrevieram as conquistas de Direitos sociais, que possuem uma primeira, segunda, terceira gerações, havendo quem já defenda a existência de uma quarta, quinta e sexta gerações de Direitos Humanos.

O conceito de Dinamogênese é, portanto, vinculado diretamente com o sentido de progresso da norma em compasso com o avanço da sociedade. Representa a ruptura com a calcificação dos valores, o rompimento com o engessamento de concepções que seriam o fruto do aprisionamento do futuro ao passado.

Neste sentido:

Como o sentimento axiológico da sociedade - e, conseqüentemente, a própria concepção de dignidade humana - não são imutáveis, variando conforme as circunstâncias sociais do momento histórico em que se manifestam, podemos conceber o nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos como um processo dinâmico - uma dinamogênese. Isso porque o corpo de direitos humanos, a fim de responder às necessidades humanas, também se transforma, do contrário permitiria a formação de um vácuo entre a realidade e a norma e não protegeria valores

considerados indispensáveis à proteção e garantia da dignidade humana. (SILVEIRA; CAMPOS NETO, 2013).

Sendo este processo conceitual intimamente vinculado a proteção de valores indispensáveis a proteção da dignidade humana, não há como divorcia-lo neste trabalho. O que se nota é o descompasso entre o tempo e as normas penais. O que comprova isto são os dados.

3.1.2. APRESENTAÇÃO DE DADOS SOBRE O FRACASSO DA ATUAL POLÍTICA DE DROGAS ADOTADA NO BRASIL

A Lei nº 11.343/2006, ao que se sente, possuía até boas intenções, que foram suprimidas no processo de criminalização secundária do país. Diz-se isto sem receio, pois, estatisticamente, a mesma quantidade de drogas em um bairro rico se identifica um usuário, no pobre, traficante. Todo brasileiro sabe disso:

Os dados revelam que os magistrados condenaram proporcionalmente mais negros do que brancos na cidade de São Paulo. Setenta e um por cento dos negros julgados foram condenados por todas as acusações feitas pelo Ministério Público no processo – um total de 2.043 réus. Entre os brancos, a frequência é menor: 67%, ou 1.097 condenados. Enquanto a frequência de absolvição é similar – 11% para negros, 10,8% para brancos –, a diferença é de quase 50% a favor dos brancos nas desclassificações para posse de drogas para consumo pessoal: 7,7% entre os brancos e 5,3% entre os negros. (DOMENICI; BARCELOS, 2019, p. 2).

Por que os negros são a maioria nas penitenciárias brasileiras? Essa foi a pergunta norteadora que direcionou o início dos debates do segundo dia do Seminário Questões Raciais e o Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sob moderação do conselheiro do CNJ Mário Guerreiro, os participantes do painel “Negros no Sistema Carcerário e no Cumprimento de Medidas Socioeducativas” destacaram o racismo velado que faz com que o negro já seja considerado criminoso, antes mesmo de ser processado:

Praticamente toda a população carcerária do Brasil é negra. É algo que chama a atenção e precisa ser estudado” enfatizou o conselheiro. A informação foi reforçada pelos dados apresentados por Edinaldo César Santos Junior, coordenador executivo do Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros (ENAJUN) e juiz do Tribunal de

Justiça de Sergipe (TJSE). ‘Cerca de 63,7% da população carcerária brasileira é formada por negros. E isso são dados de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional (Depen)’, afirmou. ‘Por que será? Por que são pobres? Por que a maioria dos pobres é negra? O encarceramento tem cor’.

Ao que parece, mesmo observando que na academia pouco se pondere mais acerca de Lombroso, sua teoria é o que acontece na prática:

Chegamos em 2020, e para o espanto de parte da sociedade, a teoria de Lombroso ainda se fez presente, e de maneira explícita, porque mesmo ela sendo constatada teoricamente insuficiente, cientificamente nos séculos passados, na prática atual a coisa não mudou, e deixou marcas no psicológico e senso de compreensão da população brasileira, criando situações discriminatórias sempre no mesmo grupo, os marginalizados pela sociedade, deixando evidente que a igualdade e a democracia racial no Brasil estará sempre distante da sua concretização.(NASCIMENTO, 2020).

Não se trata de achaque, mas dados, que serão apresentados ainda neste capítulo. Isto não é uma crítica à intenção da lei, *mens legis*, que possivelmente não foi repressiva:

A norma foi editada com a intenção de atenuar o excesso de punitivismo estatal. Dessa forma, a pena de detenção de seis meses a dois anos para usuários, prevista na Lei 6.368/1976, foi substituída por advertência sobre os efeitos dos entorpecentes, prestação de serviços à comunidade e obrigação de comparecer a programa ou curso educativo (artigo 28). Além disso, a norma de 2006 ampliou o uso de medidas cautelares. (RODAS, 2017)

Fato é que:

A lei também endureceu a punição para o crime de tráfico de drogas (artigo 33). A pena mínima passou de três para cinco anos de prisão, e as reparações subiram de 50 a 360 dias-multa para 500 a 1.500 dias-multa. E desde 1990, com a Lei 8.072/1990, tráfico de drogas é considerado crime hediondo (embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido em 2016 que o tráfico privilegiado, estabelecido no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, não tem essa natureza). Impulsionados pela demonização das drogas e descontentes com o fato de os consumidores não serem presos, policiais, promotores e juízes passaram a enquadrar muitos deles como traficantes. Tal classificação pode ser feita devido à ausência de critérios objetivos para determinar quais quantidades de entorpecentes configuram posse para uso

próprio e quais demonstram atividade comercial. A mudança resultou em uma explosão do número de presos por tráfico de entorpecentes. Em 2005, eram 31.520 detidos por esse crime, o equivalente a 9% da população carcerária do país, que então contava com 361.402 pessoas, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça. Já em 2014, o número de presos por tráfico subiu para 174.216, e esse delito passou a ser o que mais leva gente para as penitenciárias: 28% dos 622.202 detentos do Brasil. Esse percentual é ainda maior quando a conta inclui apenas mulheres: 64% das presidiárias estão encarceradas pelo artigo 33 da Lei de Drogas. (RODAS, 2017)

A intensificação da guerra às drogas aumentou o poder de facções criminosas que vendem esses produtos. Isso porque quanto mais traficantes são presos, mais escassos ficam os entorpecentes, afirma o juiz em Santa Catarina Alexandre Morais da Rosa, colunista da ConJur. Segundo ele, com menor oferta, os preços das drogas sobem, aumentando o lucro das organizações criminosas (RODAS, 2017).

Um documento de grande valia para a compreensão da problemática é o 27º Relatório Mundial da *HumanRightsWatch*.

O estudo avalia que entre 2004 e 2014, um período importante de observação do implemento da lei, de 2006. O número de encarcerados no Brasil cresceu vertiginosamente, 85% para ser exato e perscrutando as razões para um crescimento tão avassalador e que traz, evidentemente, absurdos impactos na violação dos Direitos Humanos dos detentos e da sociedade como um todo, é categórico:

Um fator chave para o drástico aumento da população carcerária no Brasil foi a lei de drogas de 2006, que aumentou as penas para traficantes. Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para usuários de drogas por medidas alternativas como o serviço comunitário – o que deveria ter reduzido a população carcerária –, sua linguagem vaga possibilita que usuários sejam processados como traficantes. Em 2005, 9 por cento dos presos haviam sido detidos por crimes associados às drogas. Em 2014, eram 28 por cento, e, entre as mulheres, 64 por cento, de acordo com os últimos dados disponíveis. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017, p. 3).

É significativo dizer que apesar da Lei 11.343/06 trazer em seu bojo a distinção entre usuário e traficante, não traz elementos objetivos de distinção entre ambos, o que acaba levando a distorções e severas injustiças que, por certo, vem a atingir com a ponta da faca os mais pobres.

Estima-se que 30% dos encarcerados do país estão nesta situação em decorrência da aplicação da Lei de Drogas (BRASIL, 2019). Este índice aumenta para 62% quando se trata de encarceramento feminino. E, a triste realidade é que muitas destas mulheres acabam realizando o delito de tráfico a pedido ou mando de seus companheiros ou cônjuges, muitas vezes também já encarcerados.

A população carcerária cresceu mais de 700% em pouco mais de uma década de implementação da Lei de Drogas. Observa-se ainda que 50% dos encarcerados através da Lei de Drogas foram presos por estarem na posse de menos de 100 gramas de maconha ou 50 gramas de cocaína e isto é sintomático (SEMER, 2020).

Pequenas quantidades de entorpecente são, portanto, uma das maiores causas do aprisionamento brasileiro e, logicamente, uma das, senão a mais importante, causa para a compreensão do hiper encarceramento e das condições desumanas dos presídios brasileiros.

E qual é o perfil dos aprisionados?

Gráfico 1– Faixa etária das pessoas privadas no Brasil



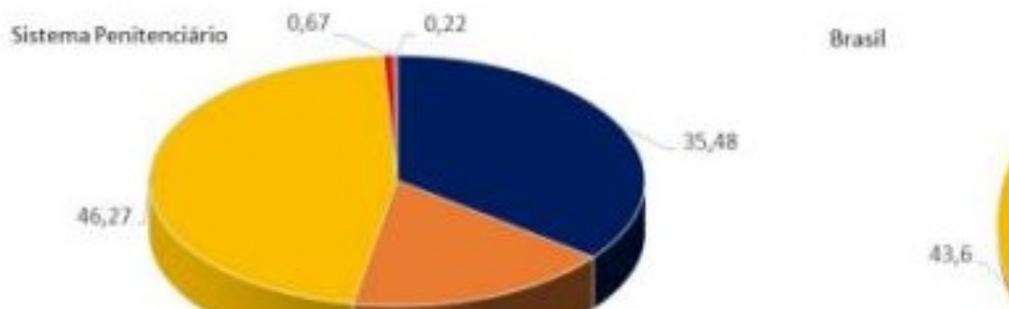
Fonte(Brasil, 2017)

Através destas informações, é constatável que a idade proeminente de prisões se centra, mais de 50%, entre os 18 aos 29 anos.

E quem são estes jovens? Qual sua cor?

Gráfico 2– Etnia/cor das pessoas privadas de liberdade e da população total

Gráfico 2 – Distribuição das pessoas privadas de liberdade no Brasil



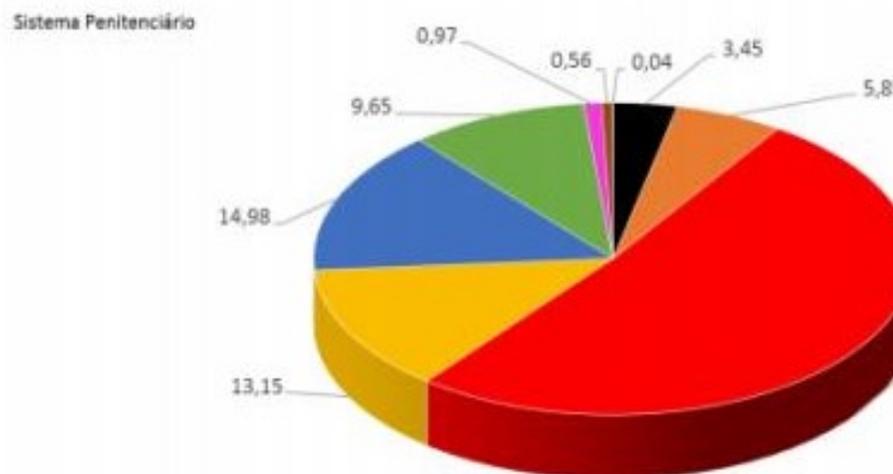
Fonte: (Brasil, 2017)

Nota: Baseado nos dados extraídos do Infopen de junho de 2017

Afere-se que dos encarcerados, 46.2% são pardos, seguidos por 35.4% de brancos e 17.3% da cor preta. Somados pretos e pardos totalizam 63.6% da população carcerária nacional (BRASIL, 2019).

Qual é a escolaridade média dos detentos brasileiros?

Gráfico 3 - Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: (Brasil, 2017)

Nota: Baseado nos dados extraídos do Infopen de junho de 2017

No que concerne ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio 35 Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%. Ao analisarmos os dados de escolaridade da

população brasileira, obtidos a partir da PNAD Contínua 2017, percebemos que não há uma representação no sistema prisional dos mesmos graus de escolaridade observados na sociedade brasileira. No sistema penitenciário, mais da metade das pessoas custodiadas possuem baixa escolaridade, ao passo que entre a população brasileira percebe-se maior dispersão entre todos os níveis educacionais (BRASIL, 2019).

Encarcera-se majoritariamente, por pequenas quantidades de drogas, jovens, pretos ou pardos, com baixa escolaridade e renda.

Só há um beneficiário com o incremento de pessoas em plena idade laboral ao seu contingente: O crime organizado. O único beneficiado com a política repressiva vigente.

Ainda é necessário refletir sobre uma questão latente no que tange às prisões brasileiras. De acordo com o portal do Ministério da Justiça, o sistema penitenciário brasileiro é o mais superlotado do mundo:



Fonte: BRASIL, 2017.

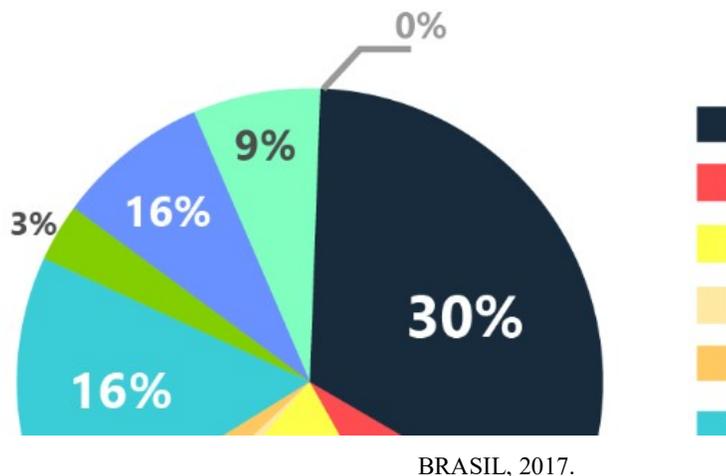
Ainda há de ser citado o número de presos sem condenação no país, mesmo vigorando o princípio de presunção da inocência e vigendo recomendação para que os magistrados apliquem, sempre que possível, medidas menos gravosas do que as prisões preventivas.

Quanto aos presídios federais:

“Quatro unidades prisionais do Sistema Penitenciário Federal – Catanduvas (PR), Campo Grande (MS), Porto Velho (RO) e Mossoró (RN) – guardam 437 presos, conforme os números do Infopen. Ao todo, as unidades somavam 832 vagas, o que corresponde a uma taxa de ocupação de 52,5%. Em relação à faixa etária, o quadro é

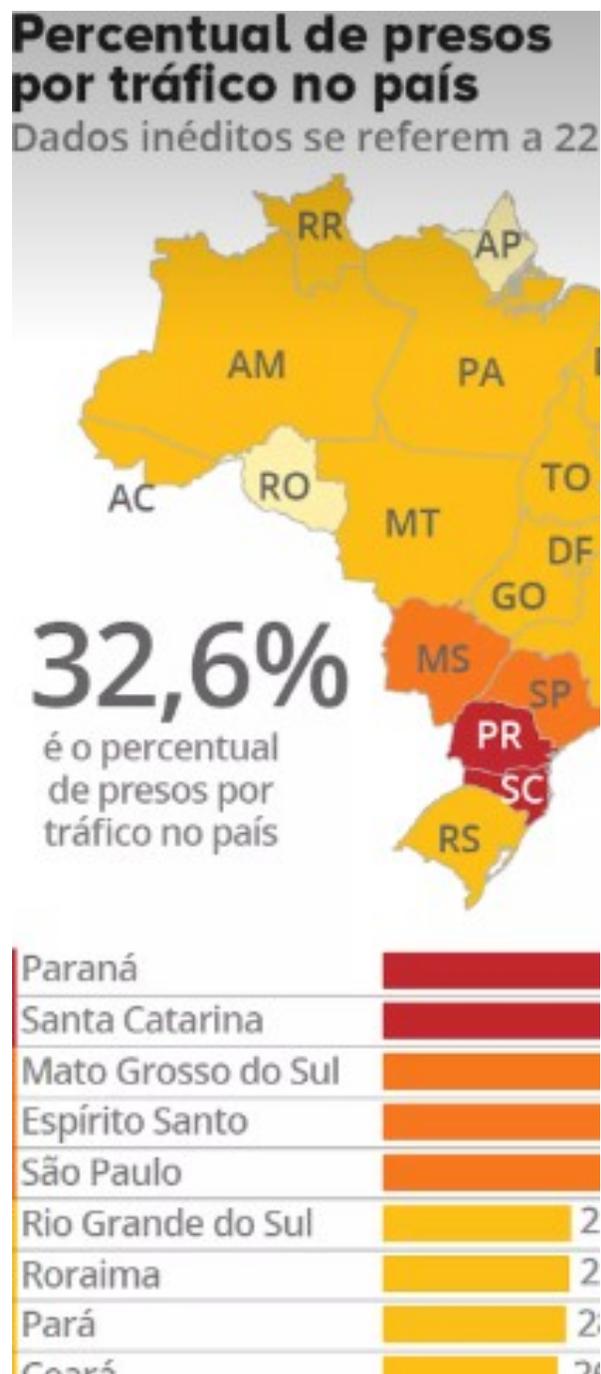
inverso ao sistema nacional: 17% é formado por jovens entre 18 e 29 anos e metade por homens entre 35 e 45 anos. No tocante a raça e cor, observa-se que 73% são negros e 27% são brancos. Sobre escolaridade, 45% não concluíram o ensino fundamental e apenas 14% tem ensino médio completo. Menos de 1% tem ensino superior.” (BRASIL, 2017).

Com relação aos crimes responsáveis majoritariamente pelo número de prisões nas penitenciárias federais:



É sabido na práxis jurídica que muitas vezes os delitos de roubo e furto, que somados são a maior causa de aprisionamento do país, muitas vezes, para não dizer na maioria das vezes, estão relacionados ao tráfico de drogas e ao crime organizado.

Ainda, vale ressaltar que estes números são a média brasileira de aprisionamento pelo delito de tráfico de drogas. Por isto é interessante trazer ao trabalho os números individuais de cada estado:



Fonte: G1. Acessado pela matéria: [Um em cada três presos do país responde por tráfico de droga](#) Política | G1 (globo.com)

Fato que incomoda aqueles que são atentos aos Direitos Humanos, neste contingente de presos, opera-se o fenômeno da seletividade como fora demonstrado através dos dados aqui expostos.

Nas palavras da Coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania e integrante do Conselho diretor do InternationalDrugPolicy Consortium (IDPC), a socióloga Julita Lemgruber argumenta que isto é reflexo de uma imprecisão na própria Lei de Drogas:

“Isto porque o Artigo 27 da norma fixa que “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. De maneira geral, quem está sendo preso no dia a dia é o jovem negro. Se a polícia pega um menino branco, que é um estudante universitário, frequenta uma universidade privada e está em seu veículo próprio, mesmo se estiver portando uma quantidade grande de drogas, ele não vai ser considerado um traficante porque a reflexão imediata que o policial faz é: ‘esse cara não precisa traficar’. Enquanto que um menino negro, da favela, pego na rua, não importa que justificativa ele der para estar portando aquela quantidade de droga, ele vai sempre ser considerado um traficante” (Andrade, 2020).

O fato da seletividade penal, do encarceramento em massa e da superlotação dos presídios que aumentou significativamente após o advento da lei de drogas, impossível não reconhecer o fracasso da política de repressão de drogas adotada pelo Brasil.

4 A NECESSIDADE DE UMA REFORMA DIANTE DO FRACASSO DA ATUAL POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

É preciso repensar teorias que não se mostram adequadas para realidade íntima de qualquer país que se digne a ser soberano. Soberania que é consagrada no primeiro inciso do primeiro artigo de nossa Carta Magna, não podemos, ainda, ser subjugados a diretrizes encomendadas sob comodismo alheio.

E, há tempos, é constatado dentro do sistema jurídico latino americano, por consequência no âmbito interno brasileiro, uma construção porosa, repleta de incongruências e que só se dota de sentido se notada uma estratégia que mira o poder coercitivo contra os mais necessitados, no sentido econômico, interessante colacionar duas importantes reflexões extraídas do mesmo texto:

Pela longa perpetuação da escravidão que fundiu peculiaridades nacionais, como a profunda desigualdade social, aqui, os inimigos são vislumbrados no seio da pobreza e da descriminalização racial. Como resultado obtém-se mortes, violência, corrupção de agentes estatais, e encarceramento em massa. Desde então, a droga se converte no grande eixo (moral, religioso, político e étnico) da reconstrução do inimigo interno, ao mesmo tempo em que produz verbas para o capitalismo industrial de guerra. Este modelo bélico produz marcas no poder jurídico, produz a banalização da morte. Os mortos desta guerra têm uma extração social comum: são jovens, negros/índios e são pobres. (SILVA, 2019; BATISTA, 2003, p. 110).

O sistema punitivo nesta parte do globo se notabiliza pela forma despudorada de punição, mas não a todos. Voltado, principalmente aos que se desviam dos ditames do consumo, da vida instituída e obrigatória. Quase um Direito Penal invisível, sem códigos, mas ditador deles, diz Bauman:

Roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre comércio’; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado “enxugamento” ou simplesmente ‘racionalização’. Nenhum desses feitos jamais foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição. [...] Só em casos raros e extremos os “crimes empresariais” são levados aos tribunais e aos olhos do público. Fraudadores do fisco e autores de desfalques têm uma oportunidade infinitamente maior de acordo fora dos tribunais do que os batedores de carteira ou assaltantes. (BAUMAN, 1999, p.131-132).

Qualquer coincidência com a política inglesa e depois francesa nas guerras do ópio não passaram despercebidas por Bauman, assim como a “moderna”, mas já quase secular política norte americana ante os países sem autonomia substancial, tratados também como países em desenvolvimento.

Não se pode dizer que é um sistema punitivista por completo. O que se nota, em realidade, é um sistema seletivo. Como asseverado por Zaffaroni:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

Neste norte, o que se constata é que a própria raiz dos sistemas punitivos, mesmo nos continentes que indicam maior distribuição de renda, de políticas públicas, é sempre seletiva. Desde os primórdios e, muito possivelmente, para sempre. Perceptível o fato de que todo sistema penal se notabiliza por ser uma espécie de espelho do sistema econômico.

No Brasil, e isto é fundamental para compreensão da problemática trazida neste trabalho, a criminalização se subdivide em duas partes, a criminalização primária e secundária. A primeira é aquela que ocorre a partir da formulação das leis, dentro do âmbito do sistema legislativo. Mas é na segunda que se percebe um maior direcionamento à seletividade, isto porque, esta é exercida pelas forças policiais e persecutórias, na ponta do combate ao que é definido como crime pela lei.

Esta se exerce em primeira via pelas forças policiais, pontas de lança, posteriormente pelos órgãos responsável pela acusação processual (Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal e, muito menos incidentemente, por assistentes de acusação privados, por fim, exercida pelos magistrados, federais ou estaduais e, também menos incidentemente, pelos jurados, no Tribunal do Júri). Esta fase secundária é onde se afere a seletividade de maneira muito menos velada do que na fase primária:

Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilita. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária (ZAFFARONI et al., 2013, p. 44).

É importante ressaltar, para não incorrer em qualquer tipo de injustiça, que estas instituições de criminalização secundária não agem de maneira independente e, por isto, não são culpadas totalitariamente pelas agruras causadas pela seletividade penal:

De qualquer maneira, as agências policiais não selecionam segundo seu critério exclusivo, mas sua atividade nestes sentidos é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas etc. A seleção secundária provém de circunstâncias conjunturais variáveis. A empresa criminalizante é sempre orientada pelos empresários morais (ZAFFARONI et al., 2013, p. 44).

A criminalização secundária, ponto vital para compreensão do fenômeno da seletividade penal, caminha de mãos dadas, portanto, com instituições extra jurídicas, que são importantes ferramentas para direcionar aqueles que as suas agências irão investigar, procurar e, talvez, prender:

A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatos absurdos ou grosseiros (a ocujadeteção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva). No plano jurídico, é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderando não apenas perante a lei, mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art. 5º CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela (ZAFFARONI et al., 2013, p. 46).

Todas estas constatações são contundentemente aplicadas no que tange ao delito de tráfico de drogas, notadamente no Brasil e tal fato se notabiliza na forma como são geridos e executados os processos criminais: “O sistema penal formal não viola apenas estruturalmente a legalidade processual; viola também a legalidade penal, através de diferentes caminhos”, como trabalha Zaffaroni:

a) A duração extraordinária dos processos penais provoca uma distorção cronológica que tem por resultado a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho de liberdade provisória em verdadeira ‘absolvição’ e a conversão da decisão final em recurso extraordinário. Considerando que a análise aprofundada dos limites da punibilidade ocorre apenas no momento da decisão final,

o nítido predomínio dos “presos sem condenação” entre a população de toda região não implica somente uma violação a legalidade processual, mas também a legalidade penal;

b)A carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas da margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo a arbitrariedade, eliminando-se a chamada legalidade das penas.

c)a proliferação de tipificações com limites difusos, com elementos valorativos moralistas, com referências de animo, com omissões e ocultamentos do verbo típico etc., são outras formas de debilitar ou cancelar a legalidade penal;

d)As agências executivas frequentemente atuam a margem dos critérios pautados para o exercício do poder pelos órgãos judiciais, de modo que, quando se produz a intervenção destes, já se consumaram efeitos punitivos irreversíveis sobre a pessoa selecionada(ELIAS et al.,1983; ZAFFARONI, 1990)

É importante dizer que estes sintomas são muito mais visíveis em processos onde os réus são mais vulneráveis. O que foi mencionado pelo autor, é notável. Especialmente no que se refere à política de drogas. Aqui se adverte que será feita uma breve análise adequada à realidade brasileira, seguida pela análise de um doutrinador:

Sobre o ponto mencionado no item “a”:O que se verifica em nosso país é uma banalização das prisões preventivas , tanto que grande parte da população carcerária está atrás das grades sem condenação criminal com trânsito em julgado (AZEVEDO 2018; BARBIÉRI, 2019). Isto representa verdadeira antecipação de culpa, o que seria, em tese, vedado pela Constituição Federal brasileira, artigo LVII e pelo Código de Processo Penal, artigo 283.

O item “b” ocorre dentro da margem de disparidade entre as sentenças proferidas por juízes que, por vezes, de mesma comarca, é imensa. Isto se deve a ampla margem conferida pela jurisprudência, isto se reveste de maior importância visto que o país se avizinha de um sistema mais próximo ao comum *law* (PASCOALOTTO, 2019).

Ao item “c”, não podemos arguir sob a omissão de verbos, mas ao contrário, na Lei de Drogas, 11.343/06, objeto deste estudo, existem 18 verbos típicos: “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” (BRASIL, 2006). Sem dúvidas tanto a omissão de verbos quanto a sementeira de lesão danosa à ciência penal que só pode viver saudável dentro de condições claras e organizadas.

Difícil até conjecturar sobre o que é mais danoso a escorreta aplicação penal. A ausência que se supre discricionariamente ou o oceano de condutas em que se pode convir, também discricionariamente.

Por fim, o item “d”, talvez do ponto de vista dos Direitos Humanos seja o mais maléfico. Ora, o que deve significar a alguém que foi submetido a uma prisão provisória, por exemplo, e depois venha a ser considerado inocente pela última ponta das agências de criminalização secundária? Quem lhe devolverá o tempo? Quem ou o que lhes restabelecerá a dignidade violada?

Assim, no mesmo sentido do raciocínio deste trabalho, conclui Zaffaroni (1991):

- a) A legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente um vazio que só a ficção pode preencher.
- b) O principal e mais importante exercício de poder do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder do sistema penal se realiza dentro um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei.
- c) O exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício do poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade
- d) Além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal.

Tornando a situação ainda mais dramática, soma-se a estes problemas, o fato inegável e que será mais bem explorado a partir dos dados, da seletividade do sistema penal no Brasil:

Infelizmente, o abismo social que separa a população branca e negra no país ganha contornos inadmissíveis. Enquanto a população branca tem direito a uma plena cidadania, a população negra segue desumanizada, não alcançando sequer o status de sujeitos de direitos. Nesse sentido, o poder punitivo do Estado age com eficiência, a partir da seletividade penal, de forma violenta contra a população negra – nunca percebida na posição de vítima no processo penal (WESTRUPP; LIMA, 2020, p. 91).

O momento da criminalização secundária, analisada logo em seu início, com o exercício do poder policial, se verifica um fenômeno cíclico de perpetuação das injustiças, em um conceito trabalhado por Santos (2013, p. 77), conhecido como “injustiça histórica”:

A complexidade das interações, dos conflitos e compromissos na zona de conforto manifesta-se nas turbulências que identifiquei, resultantes da intensificação de outras tantas disjunções ou discrepâncias entre princípios rivais, entre raízes e opções e entre o religioso e o secular. Estas disjunções intersectam com desigualdades do poder econômico, social, político e cultural e as turbulências decorrem da intensificação dos conflitos que elas suscitam. Vistas de uma perspectiva ético-política, as diferentes turbulências refletem diferentes dimensões da injustiça global constitutiva da ordem imperial na sua face mais recente: injustiça sócio econômica, injustiça cognitiva (incluindo injustiça epistêmica, sexual, racial e religiosa) e injustiça histórica.

Este estudioso situa a injustiça histórica em uma terceira dimensão de injustiça global:

A injustiça histórica está intimamente relacionada com a injustiça cognitiva, mas distingue-se dela por se centrar nas teorias da história que produziram uma distribuição injusta das possibilidades e potencialidades do passado, do presente e do futuro. Corrigir a injustiça histórica significa, portanto, reparação, alternativas ao desenvolvimento capitalista, descolonização das relações entre Estados, bem como das relações entre povos e das relações interpessoais. Como resultado da injustiça histórica, foi atribuído ou imposto a muitos povos, culturas e sociabilidades um passado sem futuro por parte de outros povos, culturas e sociabilidades que reivindicaram para si um futuro sem o constrangimento do passado (SANTOS, 2013, p. 81).

O que se vê, portanto, é que a injustiça histórica ocorre quando, ciclicamente, se impõe sofrimento existencial a um grupo de pessoas, punindo-os no passado, negando-lhes a possibilidade de dignidade no presente e como consequência reduzindo as possibilidades de um futuro com menos aflição:

A abolição da escravidão do povo negro somente ocorreu no Brasil em 13 de maio de 1888. Até aquele momento, poucos viviam livres e ainda menos eram considerados cidadãos; a maioria desses seres humanos eram mantidos em cativeiro nas senzalas e comercializados como coisa. Os povos indígenas começaram a sofrer as mazelas do processo colonizatório já com a chegada dos portugueses em solo brasileiro, persistindo a convivência conflituosa até dias atuais.

Foram açoitados, mortos, desterrados, viram o processo de aculturamentos ser instaurado como objetivo de impor a cultura europeia, com menos cabos à cultura dos povos indígenas que habitavam o continente americano há milênios (Garcia, 2020). Os pardos, fruto da miscigenação tipicamente brasileira que também sempre sofreram preconceito e expiação no Brasil, continuam, também, a fazer parte do grupo de oprimidos no que tange ao processo de seleção criminal. Como visto no capítulo anterior, os grupos mencionados contabilizam quase que 65% dos presidiários brasileiros, o que denota a negação ao presente para este grupo e a baixa expectativa de futuro, como pontuou Boaventura de Sousa Santos (2013). A toda evidência, pode-se afirmar que estes grupos são vítimas de uma clara injustiça histórica. Nota-se, portanto, que os mecanismos do Estado se engendram para instrumentalizar a injustiça histórica, a fim de continuar com esta política segregacionista e dificultadora de progresso para determinados grupos, em especial, aqueles que são majoritariamente aprisionados: negros e pardos, de baixa renda, jovens e com baixa escolaridade (TRAD FILHO; ADAIAS; FLORES, 2022, p. 09).

A institucionalização da barbárie e do caos em uma luta com contornos de caça aos oprimidos é o fiel retrato do que se vê hoje em solo brasileiro. É a perseguição aos pobres, aos fugitivos e desviantes.

Este modelo de repressão ao tráfico de drogas é, de acordo com os dados, a principal causa do caos penitenciário. Isto porque o delito de tráfico de drogas deve ser observado não solitariamente, mas em conjunto com delitos dependentes dele como: o delito de associação criminosa, o delito de porte de arma, sem contar os crimes de furto e roubo (muitas vezes cometidos para conseguir dinheiro, substância vital, e sustentar o vício).

Percebe-se, notadamente, a utilização de instrumentos legais para a perpetuação de um estado de injustiça. No Brasil, são os mesmos grupos que foram vigiados e punidos, desde sempre:

A aplicação da lei é errática e nebulosa. Conta muito o local da prisão e a classe econômica da pessoa. Se ela for de classe média alta, morador do Leblon (bairro nobre do Rio), a polícia e a Justiça muito provavelmente vão considerá-la usuária", diz Emilio Figueiredo, advogado da Rede Reforma, grupo que atua em processos de habeas corpus preventivos para plantio. "Mas se ela for negra, presa em uma favela, será condenada porque se pressupõe que ali é um local de tráfico, logo, ela é uma traficante. (MACHADO, 2022, p.2).

A pequena quantidade de drogas é responsável por grande parte das prisões efetuadas. Isto é um sintoma de que, em realidade, não existe uma verdadeira política contra as substâncias tidas como droga, mas uma instrumentalização da lei e do judiciário a outro fim.

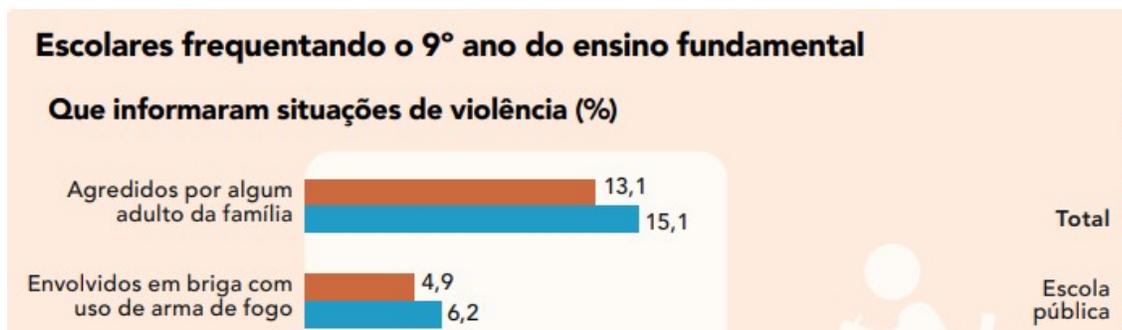
É o que assevera o defensor público federal Gustavo de Almeida Ribeiro citado por Machado (2022, p.3):

A legislação sobre drogas no Brasil é ‘uma máquina de moer pessoas’, principalmente jovens, pobres e negros. Pequenas quantidades de substâncias ilícitas geram penas muito elevadas. Como o Brasil tem muita dificuldade de investigar os crimes, a Justiça usa elementos que não dizem muita coisa. Se a droga for encontrada em porções, por exemplo, isso vira um argumento para a condenação, porque pressupõe-se de que isso tem relação com o tráfico. Se ela for presa perto de uma escola, a pena aumenta, mas não existe um parâmetro de distância que deve ser considerada. A lei de drogas é muito aberta e pouco objetiva, tudo pesa contra o acusado.

A teoria de Boaventura tem encaixe perfeito na realidade brasileira, mais um exemplo, ainda na época infantil, os dados demonstram que:

Mais da metade dos alunos pretos ou pardos estudavam em estabelecimentos localizados em área de risco, em termos de violência, isto é, em escolas que informaram estar situadas em região com risco de furto, roubo, consumo de drogas ou homicídios. A diferença é mais acentuada quando a comparação é feita entre os estudantes brancos e os pretos ou pardos de escolas privadas.(IBGE, 2015)

Figura 1 – Escolares frequentando o 9º ano do ensino fundamental



Fonte: IBGE (2015)

Nota: Dados da amostra 1, correspondente do 9º ano do ensino fundamental.

O quadro dramatiza quando analisada a prisão de mulheres no país também em, sua maioria pobres. O índice de prisões efetuadas, em decorrência de tráfico de drogas em relação a elas:

No Brasil, quem efetivamente é encarcerado pelo tráfico de drogas são as pessoas pobres e, de maneira mais direta, as mulheres representam o setor que mais sofrem o efeito dessa coerção estatal, não só por uma ação proativa da dinâmica do tráfico que as expõe de forma mais direta ao sistema punitivo, como também pela atuação das agências punitivas. A coerção estatal não atinge todos os estágios da cadeia do tráfico" (BARROS, 2018).

Fomos um país escravagista, notadamente o último país das Américas a abolir este abjeto regime e isto traz consequências estruturais, não apenas a negros, mas a todos os grupos historicamente oprimidos (VALLE, 2018).

Portanto, necessário reconhecer que a lei, assim como toda e qualquer manifestação humana, é e assim deve ser um objeto passível de evolução e, fato também que toda mudança efetuada pelo processo democrático é força motriz para mudanças de direcionamento de formas de agir do Estado, nisto englobando suas instituições.

E, apesar de a maioria do Congresso eleito neste ano de 2022 ter sido formada por deputados e senadores conservadores (AGENCIA SENADO, 2022), também é fato que a eleição presidencial é importante para os rumos que o país tomará. E o plano de governo do presidente eleito, Luiz Inácio Lula da Silva, prevê em seu item 34 que:

34. O país precisa de uma nova política sobre drogas, intersetorial e focada na redução de riscos, na prevenção, tratamento e assistência ao usuário. O atual modelo bélico de combate ao tráfico será substituído por estratégias de enfrentamento e desarticulação das organizações criminosas, baseadas em conhecimento e informação, com o fortalecimento da investigação e da inteligência. (COLIGAÇÃO BRASIL DA ESPERANÇA, 2022).

Esta é uma necessidade urgente de nosso país. Já que, a superlotação no sistema penitenciário brasileiro, no último censo oferecido pelo CNJ, ainda alcança a marca de 54%(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA,2021).

Não se trata de qualquer sistema carcerário, mas considerado, pelo maior órgão judiciário previsto na hierarquia legal como Estado de Coisas Inconstitucional, declarado na ADPF n. 347:

Conforme ressalta, as autoridades públicas e a sociedade têm conhecimento da situação. Assevera que a Câmara dos Deputados, mediante a “CPI do Sistema Carcerário”, e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a partir de mutirões carcerários, já produziram relatórios a revelarem o quadro dramático e inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Relembra a declaração do Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Cardozo, de que as prisões brasileiras são verdadeiras “masmorras medievais” e de que prefere morrer a ficar em uma delas.”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001).

É conciliável a existência de presídios similares a masmorras medievais com o segundo sentido da pena, a ressocialização? Apenas um santo pode melhorar seus impulsos e evoluir como ser humano em situação análoga ao inferno, ocidentalmente, bem descrito por Dante Allighieri em “A divina comédia”.

Diante de qualquer fracasso, só resta um caminho, que é a tentativa de evoluir. E, o que se afere da atual política de repressão as drogas no país é, evidentemente, um fracasso. Um fracasso que representa a miopia do passado, que foi explicado por Freud em *Totem und Tabu*, na dicção de Baratta (1999, p. 49) :

No caso da violação de um tabu, a punição ocorre de modo espontâneo; é somente uma forma secundária de pena a que se realiza com a intervenção do grupo social. A intervenção punitiva do grupo se verifica somente em função subsidiária a punição espontânea, posto que todos os componentes do grupo se sentem ameaçados pela violação de um tabu e por isso de antecipam na punição do violador. Este mecanismo primitivo de solidariedade é explicado por Freud pela tentação de imitar aquele que violou o tabu, liberando, assim, como aquele o fez, instintos de outro modo reprimidos. Esta tentação mimética corresponde a representação da capacidade tentadora do tabu, representação que explica as formas de isolamento e de quarentena a que se submete quem tenha violado um tabu. A reação punitiva, pressupõe, portanto, a presença, nos membros do grupo, de impulsos idênticos aos proibidos.

Esta moralidade como bússola, nem sempre refratam claramente seus interesses conscientes, Hunt (2000, p. 137) diz que:

Embora políticas morais sejam frequentemente ligadas de forma complexa com a busca de interesses econômicos ou políticos, não são nunca redutíveis a uma

cobertura ou cortina de fumaça para interesses setoriais ou de classe mais mundanos. Existe um núcleo irredutível no qual as pessoas são mobilizadas e levadas a ação pela convicção apaixonada de que há algo inerentemente errado ou imoral sobre a conduta dos outros

Cita-se, ainda, que tal política repressiva e seletiva é custosa ao Estado, portanto, incoerente diante da lógica instaurada, do capital:

Um preso custa, em média, R\$ 1,8 mil mensais aos cofres brasileiros. Já um aluno da educação básica – segundo informações do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) – recebe um investimento mínimo médio anual de R\$ 5,6 mil – cerca de R\$ 470,00 por mês, valor quatro vezes menor. (CNJ, 2020)

Foucault (1975, apud SORMANNY; SOUZA, 2012) já dizia que:

“É um apelo, ‘encarcere, encarcere’. Se nós não compreendemos o abismo social onde nós estamos todos afundados, nós nunca vamos, jamais, resgatar uma coisa que se chama dignidade. Nesse abismo social estão todas as pessoas, sejam elas ricas, pobres, abastadas ou não. Nós precisamos, nesse momento, parar para pensar que o encarceramento em massa não deu certo, que nós temos hoje uma sociedade mais violenta, nós vivemos uma situação de violência urbana sem precedentes no ponto de vista do número de pessoas que são vítimas da violência fatal. Esse tipo de sociedade não é boa para ninguém, todos tombaremos, todos tombaremos de alguma forma”.

Estabelece-se um cenário em que é necessário evoluir. O primeiro passo diante de algo que está errado é o reconhecimento do erro. Após, a busca pela correção. Sem a autocrítica não caminhará nenhuma lei humana em direção ao progresso. Esperançosamente a evolução e a conquista por direitos existem.

4.1 O PROCESSO DE DINAMOGÊNESIS E O PROBLEMA

As sociedades são fruto de seu tempo e assim também se dá com os sentimentos destas sociedades, os valores axiológicos que a compreendem são, portanto, mutáveis. O que poderia parecer impossível de se conceber em um determinado período, em outro passa a ser concebível, até que se torne, por fim, admitido e finalmente positivado.

Assim foi com o sufrágio universal, com o fim da escravidão, com as conquistas dos direitos sociais, de primeira, segunda e terceira gerações, já existindo hoje quem fale sobre uma quarta, quinta e até sexta geração de Direitos Humanos. Neste sentido:

O estudo do processo de criação e desenvolvimento dos direitos humanos deve ter como pano de fundo o caráter tridimensional das normas jurídicas. Isso significa levar em consideração os três aspectos fundamentais e complementares do direito: (i) a realidade social em que ele surge e que por ele será regulada; (ii) os valores éticos e morais que representa; e, por fim, (iii) os textos normativos e instituições que lhe dão vida. (SILVEIRA; CAMPOS NETO, 2013).

É preciso compreender a importância deste processo na própria estrutura histórica da humanidade. É a partir dele que a sociedade progride, é um processo sempre de adição de direitos, estes, ligados sempre à consecução do ideário dos Direitos Humanos.

Intimamente ligada a ideia de progresso está o conceito de dinamogênese. Representa a ruptura com a calcificação de valores, com o engessamento de concepções e aspirações e com o aprisionamento do futuro ao passado. Assim:

Como o sentimento axiológico da sociedade - e, conseqüentemente, a própria concepção de dignidade humana - não são imutáveis, variando conforme as circunstâncias sociais do momento histórico em que se manifestam, podemos conceber o nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos como um processo dinâmico - uma dinamogênese. Isso porque o corpo de direitos humanos, a fim de responder às necessidades humanas, também se transforma, do contrário permitiria a formação de um vácuo entre a realidade e a norma e não protegeria valores considerados indispensáveis à proteção e garantia da dignidade humana. (SILVEIRA; CAMPOS NETO, 2013).

Dentro do processo de evolução de aspirações e concepções sociais acerca dos próprios valores, inerentes à humanidade e ao tempo histórico em que se situam, percebe-se que o último passo para a efetivação de uma etapa de mudança cognitiva social acerca de um valor, tornando-o, a partir desta última etapa, que é a normatização, como lei.

A lei que é o ponto comum bússola de ação das sociedades e que tem todo um processo para a sua efetivação, conhecido como processo legislativo. No Brasil, o processo legislativo, em sua forma típica, é exercido pelo Parlamento Nacional, em sistema bicameral.

Assim: “A normatização representa a última etapa do processo dinamogênico de criação de direitos quando os valores cuja proteção é cobrada pela sociedade efetivamente ingressam no ordenamento jurídico. Na sociedade estatal, a vontade popular e os valores por ela considerados fundamentais são expressos pela Constituição.” (SILVEIRA; CAMPOS NETO, 2013).

4.2 O PROJETO DE LEI 399/2015

No momento, em nosso país, o PL 399 e algumas ações judiciais com praticamente o mesmo objeto têm chamado a atenção, exatamente por colocar em evidência a capacidade e necessidade de uma sociedade em tentar ultrapassar seus dogmas, preconceitos e concepções que se arrastam como que presas a grilhões no tempo. Sob forte discussão, restou aprovado na Comissão Especial da Câmara Federal, o projeto de lei em questão.

O PL 399/2015, que após a análise dos recursos, muito possivelmente caminha ao Senado, traz interessantes mudanças de paradigmas, no sentido à consecução do direito à saúde, ao permitir o cultivo em solo brasileiro dos insumos para a produção dos medicamentos.

O inciso XVI do par. 2º já estabelece:

XVI – Cultivo da planta *Cannabis* – processo de cultivo que pode contemplar as atividades de plantio, cultura, colheita, importação, exportação, aquisição, armazenamento, transporte, expedição e processamento até a etapa de secagem da planta **Cannabis** (BRASIL, 2015).

O texto do PL em nenhum momento faz sequer menção ao uso recreativo da substância e mostra-se cauteloso quanto a todo o processo para que não descaminhe para os fins não explorados, estudados e debatidos pelo projeto⁶ (BRASIL, 2015). Ele não trata sobre descriminalização da substância para uso indiscriminado. E possui um plano de controle da substância.

Art. 3º. É permitido o cultivo de Cannabis em todo o território nacional, desde que feito por pessoa jurídica, para os fins determinados e de acordo com as regras previstas nesta Lei.

⁶Os trabalhos da comissão especial incluíram a realização de 12 (doze) audiências públicas, visitas técnicas a laboratórios e instituições no Brasil e no exterior e numerosos contatos com especialistas e representantes das partes interessadas

(...)

Art. 5º. As pessoas jurídicas interessadas em realizar o cultivo de Cannabis deverão ser previamente autorizadas pelo poder público, com as seguintes condições mínimas de controle:

I – cota de cultivo, suficiente para atender demanda pré contratada ou com finalidade pré-determinada, que deverá constar do requerimento de autorização para o cultivo

II – indicação de proveniência e caracterização do quimiotipo da planta de Cannabis, bem como a rastreabilidade da produção, desde a aquisição da semente até o processamento final e o seu descarte;

III – plano de segurança, que atenda todos os requisitos de segurança previstos nesta Lei, visando a prevenção de desvios;

IV – responsável técnico, encarregado de garantir a aplicação de técnicas de boas práticas agrícolas, de acordo com normas e orientações expedidas pelo órgão agrícola federal, bem como se responsabilizar pelo controle dos teores de Δ^9 -THC, constantes das plantas de Cannabis, conforme regras definidas nesta Lei. (BRASIL, 2015).

Outro artigo importante do projeto é o 9º, que trata sob os fins científicos: “é livre a atividade de pesquisa com plantas de *Cannabise* seus derivados, desde que cumpridas as disposições desta Lei e dos demais instrumentos legais, normativos e regulatórios correspondentes” (BRASIL, 2015).

Para nos inserir no crescente mercado que se mostra como tendência no mundo, importante a previsão de exportação da matéria prima.

Art. 10. As instituições de pesquisa poderão plantar, cultivar, colher, manipular, processar, transportar, transferir e armazenar sementes, espécies vegetais secas ou frescas da planta, de insumos, de extratos e de derivados de Cannabis, bem como importar e exportar sementes e derivados, previamente autorizadas pelo poder público. (BRASIL, 2015).

Importante ressaltar, também, a utilização das Farmácias Vivas do SUS na produção e estudo dos medicamentos (BRASIL, 2010).

4.3 Das farmácias vivas no âmbito do SUS

Tratamos agora de direito fundamental a saúde, este que é consagrado no artigo 196 da Constituição. E, apesar da obviedade, é preciso tratar. Pois apesar de previsto o direito a

saúde, ainda encontramos objeções e burocracias angustiantes, Kafkianas, no que tange à possibilidade de doentes que necessitam da substância de ter a elas acesso, apesar de:

Art. 20. As Farmácias vivas no âmbito do Sistema Único de Saúde, instituídas na Portaria do Ministério da Saúde nº 886, de 20 de abril de 2010, ficam autorizadas a cultivar e processar plantas de Cannabis medicinal para fins de elaboração de produtos magistrais ou officinais fitoterápicos, observado o seguinte

I – para o cultivo de plantas de Cannabis medicinal deverá ser obedecido o disposto nos arts. 4º a 8º desta Lei;

II – para o armazenamento, transporte e descarte de sementes, espécies vegetais secas ou frescas da planta, de insumos, de extratos e derivados de Cannabis medicinal deverá ser obedecido o disposto nos arts. 13 a 15 desta Lei;

§1º. Os produtos elaborados pelas Farmácias vivas só poderão ser dispensados após a comprovação da realização de testes que validem os teores dos principais canabinoides presentes na sua fórmula, dentre eles, minimamente o CBD e o Δ^9 – THC.

§2º. As embalagens e rótulos dos produtos elaborados pelas Farmácias vivas exibirão obrigatoriamente informação sobre os teores dos principais canabinoides presentes na sua fórmula, dentre eles, minimamente o CBD e o Δ^9 – THC.

§3º. Os produtos elaborados com Cannabis pelas Farmácias vivas são sujeitos a controle especial e somente poderão ser dispensados mediante prescrição de profissional habilitado e notificação de receita, devendo ser observado o disposto no art. 18 desta Lei.

§4º. As Farmácias vivas poderão realizar parcerias com entidades públicas ou privadas para a realização de testes previstos no §1º deste art., devendo para isso serem seguidas as regras sanitárias vigentes para terceirização de testes de controle de qualidade, bem como para a realização de pesquisas. (BRASIL, 2015).

Há também a previsão, que viria a auxiliar (e muito) os menos favorecidos economicamente, para legitimar as associações de pacientes sem fins lucrativos, favorecendo também a união de famílias e interessados na consecução à saúde.

Art. 21. As associações de pacientes sem fins lucrativos, legalmente constituídas, criadas especificamente para esse fim e com registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, poderão cultivar e processar plantas de Cannabis medicinal, além de elaborar produtos magistrais ou officinais fitoterápicos com o objetivo de dispensá-los aos seus associados, devendo adotar as regras de produção contidas no anexo desta Lei, observado o seguinte:

I – para o cultivo de plantas de Cannabis medicinal deverá ser obedecido o disposto nos arts. 4º a 8º desta Lei;

II – para o armazenamento e o transporte de sementes, espécies vegetais secas ou frescas da planta, de insumos, de extratos e derivados de Cannabis medicinal deverá ser obedecido o disposto nos arts. 13 e 14 desta Lei, ressalvada a possibilidade de utilização de veículo registrado em nome do responsável legal da associação de pacientes, aplicando-se todas as demais regras, inclusive quanto à responsabilização solidária;

III – para o descarte de material de propagação, espécies vegetais secas ou frescas da planta de Cannabis medicinal e seus derivados deverá ser obedecido o disposto no art. 15 desta Lei;

§1º. Os produtos elaborados pelas associações de pacientes só poderão ser dispensados após a comprovação da realização de testes que validem os teores dos principais canabinoides presentes na sua fórmula, dentre eles, minimamente o CBD e o Δ^9 -THC.

§2º. As embalagens e rótulos dos produtos elaborados pelas associações de pacientes exibirão obrigatoriamente informações sobre os teores dos principais canabinoides presentes na sua fórmula, dentre eles, minimamente o CBD e o Δ^9 -THC.

§3º. Os produtos elaborados pelas associações de pacientes são sujeitos a controle especial e somente poderão ser dispensados mediante pre para terceirização de testes de controle de qualidade, bem como para a realização de pesquisas prescrição de profissional habilitado e notificação de receita, devendo ser observado o disposto no art. 18 desta Lei.

§4º. Para a elaboração de outros produtos derivados de Cannabis que apresentem finalidade profilática, curativa ou paliativa, as associações deverão cumprir todas as regras de boas práticas de fabricação previstas pelo órgão sanitário federal.

§5º. As associações de pacientes poderão realizar parcerias com entidades públicas ou privadas para a realização de testes previstos no §1º deste art., devendo para isso serem seguidas as regras sanitárias vigentes para terceirização de testes de controle de qualidade, bem como para a realização de pesquisas. (BRASIL, 2015).

É certo que um ponto que não é o mais debatido, mas por sua influência econômica, provavelmente foi um dos que causou maior alarde e euforia na defesa à derrocada do projeto, foi a regulamentação, no artigo 23 do PL, dos produtos fabricados a partir do cânhamo industrial.

Da leitura atenta do PL, vê-se a cautela necessária para resguardar os fins do projeto no que concerne à destinação científica, médica.

Assim, percebe-se que os argumentos contrários a ele, como os emanados pelo Deputado Federal Osmar Terra (MDB) que realizou pedido de retirada de pauta da votação, alegando que o PL é uma forma de se “descriminalizar o uso indiscriminado da maconha”.

Mesmo que haja, inclusive, previsão de proibição explícita no projeto para comercialização das substâncias para “fins fumígenos”:

Art. 16. Os medicamentos e produtos de Cannabis medicinal de uso humano terão sua produção e comercialização autorizadas pelo órgão sanitário federal, e os de uso veterinário pelo órgão agrícola federal, aplicando se as disposições da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, da Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976, e da Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, bem como as normas infralegais correspondentes aos respectivos controles sanitários.

Parágrafo único. Fica vedada a produção e comercialização de produtos fumígenos fabricados a partir da Cannabis medicinal. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, o parágrafo 3º do artigo 23 do Projeto de Lei em questão, estabelece:

Art. 23. É autorizada a produção e comercialização de produtos fabricados a partir do cânhamo industrial, tais como cosméticos, produtos de higiene pessoal, celulose, fibras, produtos de uso veterinário sem fins medicinais, dentre outros, fabricados a partir do cânhamo industrial, desde que as suas formulações contenham apenas níveis residuais de Δ^9 -THC iguais ou inferiores a 0,3% (três décimos por cento).

(...)

§3º. É vedada a produção e comercialização de produtos fumígenos fabricados a partir do cânhamo industrial. (BRASIL, 2015).

Outro texto que demonstra de maneira bem incisiva a real destinação do projeto de lei para fins medicinais é o inciso I do artigo 5º do PL que determina a porcentagem de THC passível de existir nos medicamentos:

Art. 5º As pessoas jurídicas interessadas em realizar a fabricação de produtos derivados de Cannabis deverão previamente obter a Autorização Sanitária, emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e com publicação no Diário Oficial da União (DOU), com as seguintes condições mínimas de controle:

I – Os produtos derivados de Cannabis deverão conter como ativos exclusivamente derivados vegetais ou fitofármacos da *Cannabis sativa*, e devem possuir

predominantemente, canabidiol (CBD) e não mais que 0,2% de tetrahydrocannabinol (THC). (BRASIL, 2015).

Estes artigos pinçados dentro de todo o conjunto que disciplina o tema no PL 399/2015, já se afere sua disposição distante de qualquer destinação de uso recreativo de substâncias, ele visa a consecução do direito à saúde daqueles que precisam do medicamento, objeto deste estudo, mas também trata de outro aspecto que não será aprofundado aqui, o econômico, quando disciplina os fins industriais do cânhamo. Assim nota-se que as estruturas normativas que regem as sociedades são sempre fruto de seu tempo.

A previsão de possibilidade de permissão concedida pela União para a produção de substâncias, tidas como proibidas, para fins terapêuticos, está contida no sistema positivado brasileiro desde 1971.

A regulamentação legislativa da matéria virá a contribuir para efetivar o direito à saúde de um grupo considerável de pessoas enfermas e que sofrem diariamente com os sintomas de suas doenças.

Sufrimento que poderia ser cessado ou aplacado pelo uso de substância que já permitida em solo brasileiro, ainda é inalcançável pela grande maioria dos enfermos, pelo alto custo que decorre da necessidade de importação dos insumos.

O objeto do PL vem para permitir a consecução de direito de altíssimo quilate. Não se trata de qualquer direito. É um Direito Fundamental, concebido nas mais antigas Declarações e cartas de direitos humanos, inerente à própria condição de existência, o direito à saúde não pode ficar ao alvedrio de dogmas e preconceitos que a própria ciência superou.

Neste ponto, o processo de dinamogênese é aferível, visível em um caso prático. Na perspectiva que afirma serem os direitos humanos como expressão do valor da dignidade humana e considerando que o PL vem para efetivar o direito à saúde, um direito imprescindível à própria condição humana, para os que sofrem de doenças específicas, tratáveis a partir da substância objeto do PL, vemos que a normatização, neste caso, pode ser verificada como exemplo vivo do processo de dinamogênese, na medida em que vem para, mais do que declarar, efetivar o acesso ao direito à saúde de uma significativa parcela da população, restaurando lhes, na medida em que aplaca o sofrimento, a dignidade da pessoa humana.

Estamos, assim, refletindo sobre a possibilidade ou impossibilidade de acesso de pessoas com direito consagrado constitucionalmente a saúde, de substâncias farmacêuticas, com comprovação científica de suas benesses aqueles que sofrem e estão, absurdamente, a

margem da lei e buscando algo que, qualquer interprete médio, reconhece como direito consagrado constitucionalmente.

4.4 DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA

Em pauta no STF o julgamento acerca da descriminalização de drogas para uso próprio, através do Recurso Extraordinário de número 635.659/2011. A matéria foi alçada até o Supremo Tribunal Federal em um caso com contornos interessantes a este estudo: Um homem foi punido ao portar três gramas de maconha dentro de um presídio em São Paulo.

A Defensoria Pública/SP entrou com ação contestando o artigo 28 da Lei de Drogas, argumentando que: “O crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011)

O voto do Ministro Gilmar Mendes vale uma incursão acerca do reconhecimento da Repercussão Geral, foi asseverado pelo Relator:

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral. No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011).

O recorrido apresentou suas contrarrazões ao recurso, no seguinte sentido: “O Ministério Público, em resumo, que, ao contrário do que alega o recorrente, o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise é a saúde pública, visto que a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011).

No voto se pondera sobre a natureza do delito do artigo 28, da Lei 11.343/06:

A partir da perspectiva aqui delineada, e tendo em conta que o principal argumento em favor da criminalização de condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas assenta-se no dano em potencial que essas condutas irradiam na sociedade, colocando em risco a saúde e a segurança públicas, é importante que se considerem algumas nuances dos denominados crimes de perigo abstrato [...] Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental (BRASIL, 2006)

Quanto às políticas regulatórias já existentes, analisou o Relator:

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal tem sido objeto de acirradas discussões, caracterizadas por uma exacerbada polarização entre proibição e legalização. Desvia-se, com isso, de questões essenciais ao debate. Por essa razão, mostra-se pertinente que se clarifiquem alguns conceitos para uma melhor compreensão das diversas práticas regulatórias em relação ao tema. Em primeiro lugar, entende-se por proibição o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos. É esse o termo utilizado pelo regime internacional de controle de drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela ONU, assim como pelas legislações domésticas. Quando falamos em proibição, estamos nos referindo, portanto, a políticas de drogas essencialmente estruturadas por meio de normas penais. Em posição menos rígida na escala das políticas adotadas, convencionou-se denominar de despenalização a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas de posse para uso pessoal, bem como em relação a outras condutas de menor potencial ofensivo, sem afastá-las, portanto, do campo da criminalização. É esse o modelo adotado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, objeto deste recurso. Encontramos, mais adiante, na escala de opções regulatórias, a denominada descriminalização, termo comumente utilizado para descrever a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. Sob essa acepção, embora a conduta passe a não ser mais considerada crime, não quer dizer que tenha havido liberação ou legalização irrestrita da posse para uso pessoal, permanecendo a conduta, em determinadas circunstâncias, censurada por meio de medidas de natureza administrativa. Subjacente ao processo de descriminalização, vem se multiplicando, em muitos países, com o apoio da ONU, a adoção de programas e de práticas que

visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais. A essa prática tem se atribuído a denominação de políticas de redução de danos e de prevenção de riscos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011).

O ponto cerne desta discussão reside no fato de que a própria Lei 11343/06 distingue de maneira clara a questão do uso, quando traz, a expressão “para uso pessoal”, contida na redação do art. 28, *caput*’.

Neste sentido o raciocínio do Relator do Recurso Extraordinário: Objetivou o legislador, como se percebe, conferir tratamento penal diferenciado a usuários e traficantes, abolindo, em relação àqueles, a pena privativa de liberdade prevista no diploma legal revogado (Lei 6.368/76, art. 16): Todavia: deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011).

Imprescindível colacionar fragmento do voto do Ministro que toca no ponto do assunto:

Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011).

Confirmando os números trazidos anteriormente neste trabalho, o voto também colhe dados anteriores, mas que caminham na mesma tendência. Os dados exibidos no voto do Ministro estão presentes no seguinte estudo *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas* de Boiteux (2019) e demonstra que, durante o tempo de análise, entre outubro de 2006 a maio de 2008:

Por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores

a 100g). Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas. A pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos. Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes. O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.RE 635659/2011).

O voto ainda traz outro relevante estudo para a pauta:

Em estudo mais recente, realizado com base em 667 autos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo, os resultados obtidos são bastante similares (JESUS, Maria Gorete Marques, OI, Amanda Hidelbrand e ROCHA, Thiago Thadeuda, Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011). Notou-se, nas pesquisas, um certo padrão nos flagrantes por tráfico de drogas. Na sua maioria, os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina. Revela a pesquisa, também, que se prende, no geral, apenas uma pessoa por ocorrência e a prova se limita, de regra, ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão. Observou-se, ainda, que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga. Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com 20 Em elaboração RE 635659 / SP escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade. Ao final, alertam os pesquisadores que, verbis: “Apesar de a nova lei não dispor sobre o modo de atuação das polícias no combate ao tráfico de drogas, a questão que se coloca diz respeito à eficiência, à eficácia, aos custos e às consequências desse modelo posto em prática. Esta estratégia de combate, expressa de forma ambígua no sentimento colocado por grande parte dos profissionais entrevistados - ‘enxugar gelo, mas necessária’ -, além de ter se mostrado ineficiente, pois ‘após apreendidos, os jovens são logo substituídos por um exército de reserva’, produz apenas o aumento da massa carcerária, aprofundando a crise do já fracassado sistema carcerário (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011)

A reflexão do Relator sobre a compatibilidade entre a prática e o objetivo despenalizador da Lei 11343/06 chega à conclusão de que esta compatibilidade não existe:

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

O Ministro então passa para a análise da justificabilidade. Em um exercício de respeito a tripartição de poderes, este exame busca observar se a medida adotada pelo legislador se justifica na aplicabilidade prática em solo brasileiro. Ponderando sobre isso:

Pelo contrário, apesar da denominada ‘guerra às drogas’, é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas. Por outro lado, em levantamento realizado em 2012 em cerca de 20 países que adotaram, nas últimas duas décadas, modelos menos rígido no diz respeito à posse de drogas para uso pessoal, por meio de despenalização ou de descriminalização, constatou-se que em nenhum deles houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de drogas. A comparação entre países pesquisados demonstra que a criminalização do consumo tem muito pouco impacto na decisão de consumir drogas (ROSMARIN; EASTWOOD, 2012).

Ainda, o Ministro analisa as justificativas anexadas no Projeto de Lei 7134/02, que veio a ser transformada na Lei 11343/06. O relator deste Projeto na Câmara Federal foi o deputado Paulo Pimenta. Seu parecer foi anexado ao voto do Relator Min. Gilmar Mendes, especialmente nesta parte analítica, as justificativas apresentadas ao então Projeto de Lei em momento de análise na CCJ da Câmara. Dessas justificativas, de interessante leitura, pode-se colacionar a conclusão:

Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei 6.368, como criminosos com pena restritiva de liberdade, desconsiderando-se as motivações originais de cada situação. O usuário ou dependente de drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua família,

atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Assim, virá a concluir que, sob o aspecto da justificabilidade, não haveria óbice, diante da *mens legis*, em declarar inconstitucional o artigo 28 da lei 11343/06, já que a própria justificativa do Projeto de Lei, ainda em fase primária, previa a clara distinção entre sujeitos a serem atingidos pela cobertura legal.

Passa-se então para a fase do controle material de intensidade da norma impugnada e, aqui nasce importante reflexão acerca de direitos fundamentais. Nas palavras do voto do Ministro relator:

“Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual. Cabe ressaltar que não se cuida, aqui, de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a restrição penal mostra-se, neste contexto, inexoravelmente necessária” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Sintetiza se a preocupação do voto no Recurso, o exercício de um direito quase sempre entra em conflito com a proteção de outros. E, para resolver o problema é necessário identificar o objeto protegido e o direito violado. Quanto mais ampla for a proteção destinada ao objeto, maior a possibilidade de se constatar o ato de Estado como violador, já que invasivo na área de proteção dos outros.

Dentro da CF, o artigo 60, par. 4, IV, prevê a vedação de emendas que possam vir a colidir com direitos e garantias individuais.

O voto traz importante contribuição do direito comparado alemão:

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que, “tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa. (,,) No juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, há de se contemplar as circunstâncias peculiares de cada caso. Disso resulta que a solução

desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 2015)

Importante destaque se dá a esse fragmento acima colacionado. Pelo fato de que a lei utilizada, mesmo que tivesse boas intenções em seu nascedouro, como já analisado pelo próprio voto do Ministro do Supremo, não atinge na prática, como mostram os dados.

E conclui esta importante parte de seu voto:

“Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social. A situação ainda é mais grave pela prevalência do consumo de drogas entre os jovens, pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e definição de vida e, por isso, especialmente sensíveis à rotulação decorrente do enquadramento criminal. Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal. Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)”

O próximo julgador a se manifestar foi o Ministro Luís Edson Fachin que também tem um voto extenso e interessante, mas, sinteticamente, acompanhou o Ministro Relator, mesmo apresentando argumentos que são contrapontos aos daquele:

Não se trata, contudo, de afastar a priori qualquer pretensão de permitir ao Estado perseguir fins morais. Ao contrário, inexistente um princípio que delimite a esse ponto a atividade estatal regulatória. É preciso registrar, neste particular, que a possibilidade de se buscar fins morais não é descontextualizada: apenas em sociedades em que haja o respeito à autonomia dos cidadãos, garantindo-lhes um

amplo espectro de opções valorosas (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986), é que seria possível falar em uma larga margem de avaliação para estabelecer fins morais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

No abrangente sobre os crimes de perigo abstrato, este Ministro realiza a seguinte reflexão, que por sua natureza de divergência ao que fora refletido e emanado anteriormente, merece destaque:

Não são raras as vozes que afirmam inconstitucionais os crimes de perigo abstrato. Aduzem, em síntese, que não poderia o legislador definir a priori um tipo que prescindir da real criação de uma situação de perigo. A legitimidade da tipificação de condutas em abstrato não decorre, entretanto, de uma presunção ou de possibilidade futura de colocação em perigo determinado bem jurídico. Não se trata, também, de substituir o julgador pelo legislador. Ao contrário, nos crimes de perigo abstrato, conquanto seja correto afirmar que o legislador se substitui ao julgador ao reconhecer que o pôr-em-perigo foi previamente estimado, como se, sem o resultado concreto, o legislador se colocasse em um futuro-passado hipotético, o que o legislador quis expressar, ao irmanar-se com o homem comum que hipoteticamente poderia vir a estimar a imputação da situação de perigo, foi a imposição de um dever de cuidado. E é aqui que reside sua legitimidade. (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Mas ao se aproximar do ponto do voto. Já no início da reflexão de seu cerne, quando voltado ao contexto fático que lhe chega, o voto caminha ao encontro, harmonicamente, do julgador anterior:

Chega-se aqui a um ponto nodal: o dependente é vítima e não criminoso germinal. Afigura-se, nessa passada, relevante a separação de mercados e a divisão entre as espécies de drogas. Dados de suficiente crédito dão ensejo a essa ordem de ideias à luz do grau e da origem de encarceramento. Parte-se de uma realidade carcerária preocupante, levando em conta os conhecidos 13 dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen. Quanto ao tráfico de drogas, o mesmo Levantamento alvitra números sabidos e também preocupantes. Para uma visão do que representa o tráfico de drogas especificamente em relação à maconha, a título de exemplo, compulsando dados técnicos do Estado do Paraná, em respeitável trabalho capitaneado pela Doutora Maria Tereza Uille Gomes, integrante do Ministério Público paranaense, podem ser extraídos índices elevados (quase 30%) exclusivamente atinentes à droga em pauta. Já em relação aos adolescentes, há um

quadro inquietante com jovens apreendidos por ato infracional somente com a droga em tela.(SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

O caminho que a reflexão do Ministro Fachin em seu voto toma é interessante, ele analisa o cenário penitenciário com relação ao delito do artigo 28 da lei em estudo, neste sentido adstringe-se à substância definida no caso em concreto:

Dessa forma, sendo injurídico o uso e porte para consumo da droga objeto do presente recurso (maconha), o enfrentamento do tráfico mira, por conseguinte, ato porvindouro, ou seja, a devida regulamentação legislativa. Separar mercados contribui para a redução de danos, daí a valoração específica sobre a droga do caso concreto, diferenciando, a partir dele, o que Canaris oferta para distinguir, no pensamento sistemático, as tarefas da legiferação e as da jurisprudência (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 2015).

Argumenta que apesar de haver definição legislativa para diferenciação entre usuário e traficante, ela não é clara, abrindo margem a interpretação ampla do poder repressivo, de criminalização secundária. Assim, vê o judiciário como legitimado a suprir tais lacunas até que o real legitimado entre a separação dos poderes venha a se manifestar sobre o tema e suprir tal vácuo:

Enquanto não houver pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, é mandatório reconhecer a necessidade do preenchimento dessa lacuna; considerando ter o legislador definido em lei o tráfico, soa razoável, nesse interregno entre esta decisão e nova lei específica sobre o tema desses parâmetros, determinar aos mencionados órgãos do Poder Executivo (SENAD e CNPCP), até que sobrevenha definição legislativa, que os regulamentem, na condição rebus sic stantibus. Tais provisórios parâmetros devem ser considerados relativos (iuris tantum), sempre passíveis de verificação no caso concreto pelo Magistrado. (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

O Ministro deixou claro em sua decisão que ela tratava apenas sobre a substância objeto do RE, qual seja, a maconha.

O último voto, antes do pedido de vistas que fora realizado pelo então Ministro da Suprema Corte, falecido, TeoriZavascki , foi de lavra de Luís Roberto Barroso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Trata-se de outro voto de profundidade, mas que, resumidamente, deu-se no sentido de delimitar o objeto do recurso a substância nele contida, a maconha, mesmo que cite que outras substâncias possam entrar no debate, faz questão de mencionar na introdução do voto que: “O caso concreto aqui em discussão, e que recebeu repercussão geral, envolve o consumo de 3 gramas de maconha. A droga em questão, portanto é a maconha. O meu voto trabalha sobre este pressuposto. É possível que algumas das ideias que eu vou expor aqui valham para outras drogas. Outras, talvez não” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Delimitado o tema, o Ministro passa a proferir, assim como os outros dois, um interessante parecer com poder de julgamento perante o tema, cita, por exemplo, como premissa de raciocínio que:

A guerra às drogas fracassou. Desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Tal visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo. Insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. (CONJUR, 2015).

Caminhando consoante ao raciocínio deste estudo, o Ministro Barroso traz na construção de sua fala alguns motivos para se repensar a política atual, o primeiro deles, foi registrado como “O fracasso da política atual”.

Nota-se aqui a necessidade de evolução, da adequação da norma ao tempo. A dinamogênese. E este se adequa na medida em que direitos humanos são violados na execução prática, na ponta, de uma política sem gerência e nexos e por sem nexos, entende-se obsoleta. Assim, o fenômeno pode e deve ser invocado, já que pressuposto da evolução destinada à consecução dos Direitos Humanos.

A segunda razão trazida pelo Ministro, também de cunho objetivo, alinha-se ao pensamento aqui exposto. É contraproducente, mesmo do ponto de vista econômico a manutenção da atual política que desemboca inevitavelmente em seletividade:

O modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da

discriminação. Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas. Cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o Depen, R\$ 43.835,20. O custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000. Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e IlonaSzabó, é que ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes e, Por essa razão, é imperativo que se estabeleçam critérios para distinguir consumo de tráfico. (STF, 2015).

E,

Das razões pragmáticas pelas quais a descriminalização do consumo é uma alternativa melhor: os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários. (STF, 2015)

Coerentemente caminha no mesmo sentido:

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O

efeito, portanto, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima. (STF, 2015).

Ao final, o Ministro reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 28, nos termos requeridos pela Defensoria de São Paulo, mas limitou o debate para a substância trazida a tona no caso fático e, ainda estabeleceu uma quantidade máxima para fins de tornar esta quantidade como paradigma de presunção de uso de drogas:

Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese:

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. (CONJUR, 2015)

É, portanto, um problema que está sendo debatido. Mesmo com todas as vicissitudes do sistema legislativo brasileiro, há em tramitação o PL 395/2015. E, do mesmo modo, no judiciário, um Recurso Extraordinário, ambos com impacto sensível ao tema.

5 EXEMPLOS DE MEDIDAS DESCRIMINALIZANTES NO MUNDO

5.1 O EXEMPLO PORTUGUÊS COMO INSPIRAÇÃO À MODERNIZAÇÃO DA POLÍTICA DE DROGAS DO BRASIL

O primeiro exemplo a ser citado é o de Portugal, após o fim da ditadura militar que assolou o país, as drogas entraram em definitivo e em grande quantidade no país ibérico. A primeira tentativa de equalização do problema foi a de agir com mãos pesadas, tolerância zero com traficantes e também com usuários, ambos passíveis de pena de prisão. Nada disto funcionou, o consumo continuava a aumentar, assim como as doenças infecciosas em decorrência do uso de seringas. O país viu sua população carcerária aumentar exponencialmente. A política de drogas naquele país era um fracasso retumbante, assim como no Brasil.

O governo português, em consulta à sociedade civil e após uma série de debates no Parlamento, aprovou uma política de descriminalizar o porte de até 10 doses de substâncias consideradas ilícitas, mas o que de fato obteve êxito foi uma nova política implementada no sentido do tratamento dos usuários, também entendida como uma espécie de “contenção de danos”.

Os dados em relação à problemática de saúde pública foram em absoluto positivos. Mas o que fez a diferença foi a mudança de sensibilidade em relação aos viciados:

Deixaram de ser tratados como criminosos, receberam programas de cuidados, de substituição de heroína por metadona, foram incluídos no sistema de saúde para tratarem suas doenças. Os resultados não demoraram a chegar. Apesar de o consumo global de drogas não ter diminuído, o de heroína e cocaína, duas das mais problemáticas, passou de afetar 1% da população portuguesa para 0,3%; as contaminações por HIV entre os consumidores caíram pela metade (na população total, passaram de 104 novos casos por milhão ao ano em 1999 para 4,2 em 2015), e a população carcerária por motivos relacionados às drogas caiu de 75% a 45%, segundo dados da Agência Piaget para o Desenvolvimento (Apdes). José Queiroz, seu diretor, define essa política como “uma abordagem humanista que não julga e se baseia na confiança e no relacionamento com as pessoas. A lei estabeleceu as bases, mas de pouco teria servido se não tivesse sido acompanhada de medidas sociais e recursos destinados a serviços do que se conhece como redução de danos, isto, é mitigar na medida do possível as consequências negativas das drogas de uma perspectiva que não se baseia tanto na perseguição, mas na informação, no atendimento médico e nos serviços aos dependentes. Os mais frequentes são

oferecer material esterilizado para aqueles que injetam, metadona para aqueles que procuram abandonar o vício em heroína, espaços de consumo supervisionados (também conhecidos como narco-salas) ou, de acordo com tendências mais recentes e progressistas, centros onde examinar as substâncias para que os usuários saibam exatamente o que colocam no corpo. (LINDE, 2019).

É preciso observar o mundo de forma lógica e efetiva. As drogas existem, os usuários existem. Prender em escala não diminui o tráfico e não trata o viciado. Ao contrário, apenas fortalece o crime organizado e piora em demasia a condição clínica dos usuários que, continuam a usar drogas dentro dos presídios brasileiros. É literalmente tapar o sol com a peneira, enxugar gelo, é preciso racionalizar, sem incorrer em irracionalidade, à exemplo de Portugal.

5.2 UMA BREVE ANÁLISE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A TRATATIVA CONTEMPORÂNEA DA MATÉRIA

Como já dito, os Estados Unidos da América sempre foram o país que liderou a chamada “guerra às drogas” pelo mundo inteiro, inobstante, mesmo lá, o país idealizador da Guerra contra as substâncias tidas como drogas, a situação se modernizou.

Neste ponto se observa a consecução da Dinamogênese, pelo fato de que, mesmo em solo norte americano, nota-se que não existem grilhões que impossibilitem a caminhada a um sistema mais racional, formado em bases empíricas.

Um terço dos estados norte americanos já descriminalizaram a maconha, foi legalizada para fins recreativos e medicinais no Alaska, Vermont, Oregon, Washington, Maine, Illinois, Califórnia, Massachusets, Michigan, Nevada, bem como nos distritos de Colúmbia, Ilhas Mariana do Norte e Guam. Geralmente as leis se referem a derivados da *cannabis* com baixo teor de THC (psicotrópico) e alto e maior teor de CBD (sedativo).

Mesmo neste país, que adota um modelo político de maior liberdade aos estados federativos no que tange a matérias penais que, em solo brasileiro é matéria vinculada estritamente à União, nota-se uma modernização da política de drogas, observado o fracasso da política repressivista e encarceradora.

Exemplo disto é o estado do Oregon, estado costeiro norte americano que se tornou, no ano passado, em 2021, o primeiro estado norte americano a legalizar todas as drogas:

Eleitores do estado do Oregon, nos Estados Unidos da América, votaram pela descriminalização do porte de pequenas quantidades de drogas pesadas, como a heroína, LSD, metanfetamina e cocaína. O estado foi o pioneiro a adotar essa medida.

Com isso, os usuários que forem apreendidos com pequenas quantidades de drogas não mais responderão criminalmente. Por outro lado, caso flagrados, deverão pagar multa de US \$100 (cem dólares) e participar de um programa de recuperação para dependentes, que será financiado pelas receitas obtidas pela legalização.

Importante destacar que, pelos mesmos eleitores, também foi aprovada a legalização do uso de cogumelos psicodélicos para uso terapêutico.

Vale lembrar que o país norte-americano vive uma onda de legalização de drogas, seja para uso terapêutico ou recreativo. No ano de 2020, Nova Jersey, Arizona, Dakota do Sul e Montana seguiram para aprovação do uso de entorpecentes.

A legalização também venceu em todos os estados onde houve a consulta por plebiscito, por meio de uma cédula sobre a legalização da maconha (GANEN, 2021).

5.3 ISRAEL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA.

Israel, país tido por muitos neo-conservadores brasileiros como um exemplo de país a ser seguido, recentemente descriminalizou a posse de *cannabise* similares. O parlamento israelense aprovou a 16ª emenda ao Decreto de Drogas Perigosas em 25 de dezembro do ano passado, que diz respeito à governança e à regulamentação da exportação de maconha medicinal do país. Assim, Israel está pronto para se tornar um centro global no mercado de maconha.

A indústria de maconha israelense já está entre os “atores mais assertivos”, com empresas como a TikunOlam na liderança, com 40% de participação no mercado.

“Quando se trata de ranking da indústria mundial de *cannabis*, Israel está no topo da lista. Desde as primeiras descobertas de Raphael Mechoulam [químico orgânico israelense] até o trabalho significativo na identificação do sistema endocanabinóide, o país tem liderado alguns dos avanços mais significativos na ciência da *cannabis*. Sendo a primeira nação a legalizar a maconha medicinal, mais de uma década atrás, Israel permitiu que empresas como a TikunOlam, assim como instituições médicas e educacionais, realizassem pesquisas inovadoras que serviram como base para avanços nessa indústria”, afirma Stephen Gardner, diretor de marketing da TikunOlam nos

Estados Unidos. Retirado do site: <https://forbes.com.br/colunas/2019/04/israel-descriminaliza-o-uso-adulto-de-cannabis/>. Em 20/11/2022.

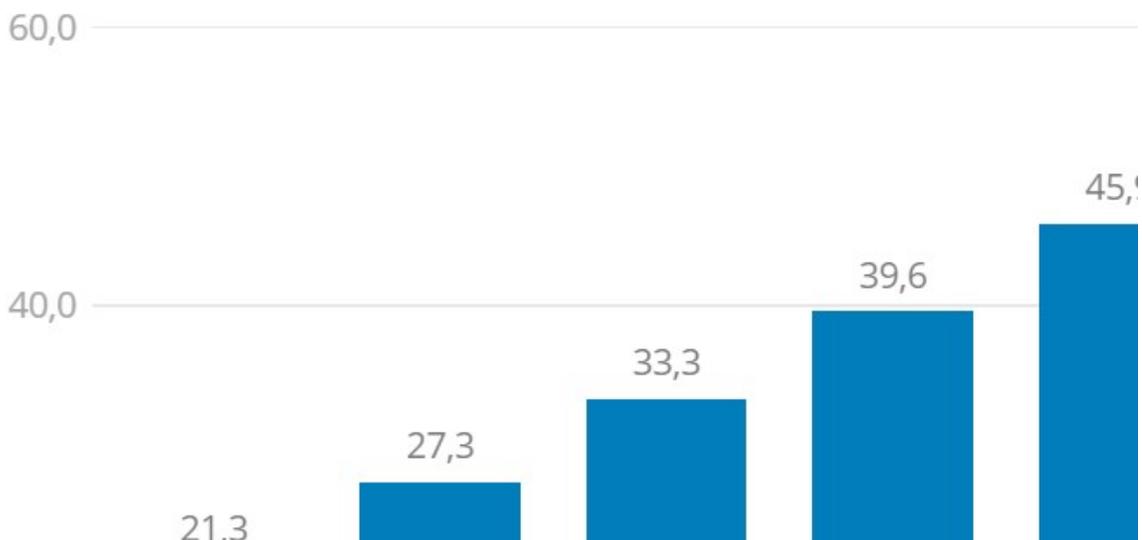
Parece óbvio que Israel, assim como os EUA buscam, além de se modernizar, inserir-se em um mercado crescente em âmbito global.

5.4 DA PERSPECTIVA ECONÔMICA.

É consenso entre os economistas que a legalização da maconha por exemplo é fator de extrema rentabilidade na atualidade e, ainda, vêm como um mercado que estará em franco crescimento no futuro.

BDSA prevê um faturamento de US\$ 55,9

Consultoria estima uma taxa média de crescimento para o m ao ano



Fonte: Consultoria especializada BDSA.

Segundo os economistas, alguns fatores influenciam positivamente a evolução do setor em análise global: “Segundo o sócio da Vitreo, três fatores influenciam positivamente a evolução do setor no mundo: o movimento de aprovação, a opinião pública e as descobertas da medicina, que já indicaram o uso do produto para tratamento de epilepsia e câncer, por exemplo. Quando o país vizinho decide abraçar a causa, outros acabam sendo motivados. Isso acontece nos EUA entre os estados: Nova Jersey aprovou, Nova Iorque foi e fez o mesmo.

Além disso, na década de 70, 15% da população americana era a favor da legalização. Em 2015, esse percentual subiu para algo em torno de 40%, enquanto que, hoje, dois terços da população dos EUA aprova a liberação” (EMPIRICUS, 31 de março de 2021).

Só no EUA, o comércio da *cannabis* legal já movimentou 25 bilhões de dólares, algo aproximado a 118 bilhões de reais: “A Forbes estima que até US\$ 4,5 bilhões (R\$ 21,2 bilhões) foram impulsionados por turistas, que despejam US\$ 12,6 bilhões (R\$ 59,6 bilhões) adicionais em restaurantes, hotéis, atrações e outras lojas – bem como nos cofres de impostos estaduais e municipais” (FORBES, 2022).

Assim, o que parece aritmético é o raciocínio de que o proibicionismo além de ser uma política ultrapassada, ainda é contraproducente do ponto de vista econômico.

6 CONCLUSÃO.

Economicamente, socialmente e juridicamente a atual política criminal de repressão às drogas não deu certo. Está, ao contrário, promovendo o que Boaventura de Sousa Santos alcunhou como injustiça histórica, já que os principais prejudicados com sua adoção são aqueles mesmos de sempre.

Temos uma das maiores taxas de encarceramento proporcional do mundo, o que inevitavelmente superlota os estabelecimentos penitenciários que não tem espaço, equipe, limpeza e alimentos necessários para suportar amassa humana que os ocupa.

A forma como lidamos com o problema não é mais utilizada nem pelo país que a criou, porque percebeu que não daria certo.

É preciso aplicar o processo de evolução da lei, conhecido como Dinamogenesis, a fim de que os Direitos Humanos sejam efetivados. Mas para isto é preciso tratar, como uma doença, das causas para curar os sintomas.

Estabelecer critérios mais objetivos as partes mais frágeis da lei 11.343/06 é um começo. Isto está à beira de ocorrer já que duas importantes iniciativas estão caminhando para suceder, o PL 399/2016 está a caminho do Senado Federal e o Recurso Extraordinário 65?653 está com pedido de vistas, após três votos favoráveis ao seu deferimento e nenhum contra.

Não é possível admitir em um país que almeje algum horizonte para um futuro melhor, a repetição de práticas atentatórias contra os Direitos Humanos. E é facilmente aferível que o hiper encarceramento, em prisões que são reconhecidamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal como dentro de um Estado de coisas inconstitucional na ADPF 347, é um ato que atenta de forma virulenta contra os Direitos Humanos.

A seletividade criminal brasileira é cruel. Sintomática de tempos que devemos superar. As feridas dos séculos escravagistas tem de se fechar em cicatrizes de aprendizado e, o tema deste trabalho toca neste ponto sensível porque o que se vê, infelizmente, é a instrumentalização de uma legislação para a manutenção de vícios antigos e extremamente danosos a sociedade brasileira.

É como diz a célebre frase de George Santayana: “Aqueles que não conseguem lembrar o passado estão condenados a repeti-lo”.

Que não tenhamos receio de olhar o passado, aprender com ele no presente, cuidar de suas feridas que estão a tanto tempo abertas para que tenhamos um futuro mais saudável e justo para nosso país, como um todo.

REFERÊNCIAS

- AGENCIA SENADO. **PL faz a maior bancada do Senado; PSD é o segundo maior partido**. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/10/03/pl-faz-a-maior-bancada-do-senado-psd-e-o-segundo-maior-partido>. Acesso em: 19 nov. 2022.
- ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional**. Rio de Janeiro: Editora Leya, 2012.
- AZEVEDO, R. **A banalização da prisão preventiva**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/654318085/a-banalizacao-da-prisao-preventiva>. Acesso em: 02 nov. 2022.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução a sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1990.
- BARBIÉRI, L. F. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 02 nov. 2022
- BARROS, Marco Antonio de. Abalos à dignidade no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, nº 747.
- BATISTA, Vera Malaguti. O tribunal de drogas e o tigre de papel. **Revista de Estudos Criminais**, v. 4, p. 108-103, 2003.
- BERTRAM, Eva et al. **Drugwar: the price of denial**. Los Angeles, Library of congress. 1996.
- BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009.
- BRASIL. **Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília: Câmara dos Deputados, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2009.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –Infopen –Junho/2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

VALOIS, Luís. **O Direito Penal da guerra as drogas**. 3 ed. São Paulo: Ed. D Placido, 2021.

COLIGAÇÃO BRASIL DA ESPERANÇA. **Diretrizes para o programa de reconstrução e transformação do Brasil: Lula Alckmin 2023-2026**. 2022. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2022/BR/BR/544/candidatos/280001607829/pje-3b1196fd-Proposta%20de%20governo.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2022

CONJUR. **RE 635.659**: descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novos dados do sistema prisional reforçam políticas judiciárias do CNJ**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/novos-dados-do-sistema-prisional-reforcam-politicas-judiciarias-do-cnj/>. Acesso em: 19 nov. 2022..

DEL OLMO, Rosa. *Las drogas y sus discursos*. Buenos Aires, 2017.

DOMENICI, T.; BARCELOS, I. **Negros são os mais condenados por tráfico e com menos drogas apreendidas**. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 15/11/2022.

ELIAS, Carranza; MORA, Luis Paulino; OHUED; Mario et al. **El preso sin condena em América Latina**. Sao José: , 1983.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de lasdrogas**.Espasa,2008.

FEILING, Tom. **Cocaination**: howthewhite trade took over the word.Nova Iorque: Pegasus Book, 2009.

FOSTER, Maria Thereza Diniz. **Oliveira Lima e as relações exteriores do Brasil**: o legado de um pioneiro e sua relevância atual para a diplomacia brasileira.Fundacao Alexandre de Gusman, 2011.

THE WHITE HOUSE, **NationalDrugControlStrategy**, 1989, p. 7-61-67. Disponível em: www.ncjrs.gov/pdffiles1/ondep/119466 Acesso em 23/11/2022.

FREE TRADE AND MONOPOLY. **Marx on China, 1853-1860**. New York: Daily Tribune, 1975.

GANEN, P. **Oregon se torna o primeiro estado dos EUA a descriminalizar todas as drogas**. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/oregon-se-torna-o-primeiro-estado-dos-eua-a-descriminalizar-todas-drogas/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

HUMANRIGHTSWATCH. **Brasil: Eventos de 2016**. 2017. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298092>. Acesso em: 16 jan. 2022.

KARNAL, Leandro et al. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. Rio de Janeiro: Lumière, 2008.

LINDE, P. **Como Portugal se tornou referência mundial na regulação das drogas**. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html. Acesso em: 16 jan. 2022.

LOWER, Peter D. **The Genesis of international narcotics control**. Michigan: ABC- CLIO, 1981.

MACHADO, L. **Enquanto mercado legal de maconha já movimentava R\$ 130 milhões no Brasil, usuários ainda são presos por 'farelo'**. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61402479#:~:text=Encarceramento%20em%20massa&text=Em%202005%2C%20antes%20da%20legisla%C3%A7%C3%A3o,54%2C9%25%20do%20total>. Acesso em: 11 nov. 2022

MARTINS, H. **Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>. Acesso em: 18 nov. 2018..

MATOS, B.P. **Política criminal de guerra às drogas no Brasil: uma análise a partir da criminologia crítica**. 2021. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) - Universidade

Federal Fluminense, Macaé, 2021 <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/25019/TCC%20-%20BRUNA%20PORTELA%20MATOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/10/2022.

McALLISTER, Willian B. *DrugDiplomacy in thetwentiehcentury*. Washington:Routledge, 2000.

NASCIMENTO, J. **A raça como elemento de condenação segundo a teoria de CesareLombroso**. 2020. Disponível em: <https://www.anf.org.br/a-raca-como-elemento-de-condenacao-segundo-a-teoria-de-cesare-lombroso/>. Acesso em: 18 nov. 2022

PASCOALOTTO, D. I. **Brasil a caminho do sistema judicial do common law?**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/306141/brasil-a-caminho-do-sistema-judicial-do-common-law>. Acesso em: 02 nov. 2022

PIERANGELI, José Enrique (Coord.). **Direito criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PORTAL MEMORIAS DA DITADURA. **Movimento hippie pede fim da guerra no Vietnã – dezembro de1967**. 2021. Disponível em: <https://memoriasdaditadura.org.br/linha-do-tempo/movimento-hippie-pede-pelo-fim-da-guerra-no-vietna>. Acesso em: 13 nov. 2022.

QUINTAS, Felipe. **Doutrina Monroe, o fundamento do golpismo na América Latina**. 2019. Disponível em: <https://monitormercantil.com.br/doutrina-monroe-o-fundamento-do-golpismo-na-america-latina/>. Acesso em: 25 out. 2022.

RODAS, S. **Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoos-alimenta-massacres>. Acessoem: 18 nov. 2022.

ROSMARIN, A.; EASTWOOD, N. **A quietrevolution: drugdecriminalizationpolices in practiceacrosstheglobe**. London: Release Drugs, 2012.

ROSMARIN, A.; EASTWOOD, N. **A quietrevolution: drugdecriminalizationpolices in practiceacrosstheglobe**. London: Release Drugs, 2012.

SEMER, M. **Sentenciando o Tráfico**. 2. ed. São Paulo: Editora Jabuti, 2021.

SILVA, A.A. **Legalização e descriminalização das drogas**: modelos alternativos de oposição à política proibicionista de encarceramento em massa. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2019. Disponível em:

<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16402/1/AAS01102019.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SILVEIRA, V. O.; CAMPOS NETO, C. W. A **dinamogenesis dos direitos humanos**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ffe4a40fecc90fa1>. Acesso em: 3 jul. 2021

BOUVILLE Luca de Tena, Belén. **La guerra de La cocaína**: drogas, geopolítica y médio ambiente, 2000, p. 217.

SORMANNY, Emanuel Pedro; SOUSA, Lincon Cesar Medeiros. Michel Foucault: uma crítica ao humanismo da prisão. **Dat@venia**, Campina Grande, v. 4, n. 1, p. 127-141, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3520-10470-1>. Acesso em: 15 ago. 2021.

SOUZA, A. **Manicômio de barbacena**: os horrores do holocausto brasileiro. 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-manicomio-de-barbacena-o-holocausto-brasileiro-que-matou-60-mil-pessoas.phtml>. Acesso em: 29 out. 2022,

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **RE 635.659-RG –Voto Vista Min. Edson Fachin**. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na argüição de descumprimento de preceito fundamental 347**. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 19 nov. 2011

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário 635.659**. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio**. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/230682217/suspensao-julgamento-sobre-porte-de-drogas-para-consumo-proprio>. Acesso em: 22 nov. 2022

TRAD FILHO, Fabio Ricardo, ADAIAS, Paulo Afonso, FLORES, Andreia. A seletividade penal brasileira, seu momento de maior incidência e o ciclo da injustiça histórica: Breve análise do cenário. **Revista Idéias**, Campinas, SP, v.13, p. 1-25, 2022. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8670370/29985>. Acesso em: 01 nov. 2022.

UNITED NATIONS. **Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961**. New York: United Nations, 1973.

VALLE, M.D. **Brasil, último a abolir a escravidão na América, depois de Cuba**. 2018. Disponível em: <https://patrialatina.com.br/brasil-ultimo-a-abolir-a-escravidao-na-america-depois-de-cuba/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da guerra as drogas**. 3 ed. São Paulo: Ed. D Placido, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro. 2000: Ed. Revan, p. 15.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. São Paulo: Ed. Revan, 2000.