

DA FAVELA AO *PLAYGROUND*: A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO PENAL Nº 635.659 NO DEBATE ACERCA DA RACIONALIZAÇÃO DO “COMBATE” AO TRÁFICO DE DROGAS

Marcos Paulo Daltro Carneiro de Campos

RESUMO

A questão sobre drogas no Brasil ganha especial relevo quando a Ação Penal nº 635.659 põe em debate para o Pretório Excelso a possível declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da famigerada Legislação Antidrogas brasileira – Lei 11.343/2006 -, abolindo, assim, a criminalização pelo uso de entorpecentes. E, dentro dessa perspectiva, o trabalho busca analisar como os reflexos deste julgamento podem, mesmo que de forma embrionária, reacender o necessário debate acerca da (in)eficiência do proibicionismo no combate ao tráfico de drogas. E é nesse diapasão que a obra ora em análise traça o histórico evolutivo das drogas e legislações disciplinadoras no mundo e no Brasil, apontando as falhas e conveniências da manutenção de uma ideologia que não vem surtindo os efeitos esperados pela sua implementação. Ao longo do artigo se poderá analisar o pano de fundo para uma intensa atuação – e criminalização – do Estado, que faz, em verdade, relegar e escolher um público prédeterminado para sofrer as mazelas do sistema punitivo, em detrimento da efetivação de uma ilusória sensação de segurança social. Assim, buscar-se-á demonstrar que a legalização, longe de ser a utópica solução para os problemas das drogas, ainda é a mais racional dentro de um viés mais humanitário.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Proibicionismo. Legalização. Sistema Penal. Ação 635.659. Lei 11.343/2006. Tráfico de Drogas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o precípua objetivo de proceder uma síntese analítica da Ação Penal nº 635.659 – que trata da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (atual Lei de Drogas) –, a tramitar no Supremo Tribunal

Federal, e sua possível influência no debate acerca da legalização das drogas caracterizadas como ilícitas, em total oposição à política criminal atualmente adotada no Brasil e no mundo: proibicionista.

Nesse cenário, o artigo ora em leitura pretende, num primeiro momento, abordar os aspectos de construção da cultura de proibição das substâncias classificadas como ilícitas para sua produção e consumo, remontando a antiga relação do homem com as drogas, perpassando desde a antiguidade até os tempos mais atuais. Esse panorama é o convite de abertura para a compreensão do debate ideológico traçado ao longo da obra, sobretudo servindo para ilustrar a realidade criada na sociedade brasileira no íterim de sua formação e como se dá o reflexo do pensamento oriundo desta concepção através da elaboração de leis e regulamentos acerca do tema.

Após colocar o leitor a par da historicidade e do desenvolvimento da problemática que orbita a procura do indivíduo pelas drogas, imiscuindo, ainda, na realidade brasileira, o capítulo seguinte busca revelar o gigantesco insucesso do modelo proibicionista aqui implantando (visto que importado principalmente dos EUA) em promover o falacioso discurso da resolução das aflições sociais por meio do Direito Penal e seus sistemas, sobretudo a questão das drogas. Uma gama de pseudo-teorias são expostas a críticas, desvelando a complexa e violenta teia de consequências proveniente da ideologia proibitiva, desde a retroalimentação da violência (institucionalizada ou não) até a real intenção de pré-seleção de alvos específicos (os que se encontram à margem do poder de forma geral) para sua exclusão e afastamento.

Ao fim, a dissertação dá o enfoque na interposição do Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que ensejou a Ação Penal 635.659, a tratar sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, referente ao porte ou posse de drogas para o consumo próprio. E, em assim sendo, através das até então lançadas análises dos eminentes Ministros da Corte Suprema, em voto próprio, o derradeiro capítulo intenciona evidenciar como o pensamento acerca do reconhecimento desta teratologia constitucional, mesmo que bem restrita ao uso da maconha, abre margem para o início de um

debate mais humanista e racional para o combate ao famigerado tráfico de drogas. Essa perspectiva traz à baila importante posicionamento do Guardião da Carta Maior ao forçar a quebra de um tabu há muito consagrado pelo conservadorismo que só se presta para excluir e demonizar alguns muitos miseráveis da sociedade, deixando de lado, convenientemente, os detentores do megamonopólio do mercado ilícito destas substâncias.

2 A CONSTRUÇÃO DO PROIBICIONISMO AO USO DE DROGAS: ASPECTOS SÓCIO-HISTÓRICOS MUNDIAIS E A REALIDADE BRASILEIRA

Sem laivos de incerteza, pode-se categoricamente afirmar que a história das drogas está intrinsecamente ligada à história humana. Hodiernamente, dos “nóias” e “moribundos” relegados à sua própria sorte nos becos e vielas das grandes metrópoles às celebrações da *high society* regadas a bebidas e “pó”, ou, dos rituais egípcios e gregos – e, porque não, de toda a antiguidade – até os cultos religiosos, a droga sempre assumiu um viés protagonista de parte das demandas humanas, variando, tão somente, a função a que se presta desempenhar e o consumo que dela se faz em cada cultura.

A partir desse sucinto contexto, não é equivocado atribuir à questão das substâncias entorpecentes uma extrema complexidade, vez que abrange fatores e circunstâncias diversas que merecem cuidado e análise à altura. A própria ciência psicanalítica reconhece que não possui lastro suficiente para poder lidar, isoladamente, com a problemática da drogadição, sugerindo, através deste prisma, que a observação de tal fenômeno decorra em função da simbiótica interação entre o contexto sócio-cultural, o homem e a droga (NEVES; CRUZ; KIRST; 2001).

À luz do quanto exposto, é legítimo reconhecer o largo âmbito de ocupação da droga como um todo nos espaços sociais há pouco referidos. Com efeito, o consumo da droga surge como um “amortecedor de preocupações” já que traz à baila uma efêmera independência do mundo ao redor de quem a utiliza, criando, assim, um novo universo, particular (FREUD; 2000).

Nessa quadra intelectual, todavia, importa salientar que desdobramentos históricos, sociais, políticos e, sobretudo, econômicos influenciaram no surgimento de uma ideologia convenientemente proibicionista, idealizada, primordialmente, pelos Estados Unidos da América, cuja finalidade, revestida de essências morais, omitia a intenção de criar um estado de guerra – e, conseqüentemente, de exceção – para o fomento do poder industrial-militar, bem assim a intencional exasperação da ingerência e do controle estatal na vida privada. E é nesse particular que o presente capítulo se encarrega de esmiuçar e debater a história do homem x droga e a construção do proibicionismo mundial com a conseqüente influência na realidade brasileira, desde os primeiros ordenamentos que tratam sobre as famigeradas substâncias psicotrópicas às considerações de estado voltado ao combate das mesmas.

2.1 A HISTÓRIA DAS DROGAS

Conforme se consignou anteriormente, o homem sempre manteve íntima relação com as drogas, seja para o prazer próprio, fins medicinais, sociais ou religiosos. O autor Hilário Torloni, em passagem de sua obra, descreve que, dentre elas, o álcool aparece pioneiramente, o que, de certo, ocasionou algumas polêmicas no desenrolar histórico da humanidade, a exemplo do que relatou Moisés, em Genesis “E como Noé era lavrador, começou cultivar a terra, e plantou uma vinha. E tendo bebido vinho, embebedou-se e apareceu nu na sua tenda” (Tradução do Centro Bíblico Católico; 1976, p. 20-21). Evidencia Torloni, ainda, que, enquanto outras drogas surgem a partir de encontros religiosos nos templos sagrados de Dionísio (oráculo de Delfos), na América, por outro lado, os Astecas adoravam e comiam um cacto (mescalina) para, através de um ritual, alcançar suas divindades. Os incas, por seu turno, mascavam a folha da coca. (TORLONI; 1973).

No decorrer das eras, a época das grandes navegações marcou um período de novas descobertas ao redor do mundo – e, por óbvio, a revelação de novas drogas. Através desse processo de “globalização das substâncias”, o tabaco, em especial, era a principal substância trazida da América, o que significou não somente a descoberta de uma nova droga, mas também um novo modo de consumi-la, através do fumo (BARTON; JOHNSTON; LILLIE; CARMEL; 2016).

Maria Lúcia Karam expõe que, já nos idos das décadas de 40 à 60, dos anos de 1800, uma “guerra” envolvendo a questão das substâncias entorpecentes iniciara para favorecer o uso e livre comércio destas: a guerra do Ópio. No Oriente, a droga extraída do suco da papoula gerava lucro exorbitante no comércio legal por conta do fomento do governo Inglês na produção na costa ocidental da Índia, exportando-se o produto para os chineses – clientela de opiámanos de cerca de 2 milhões de indivíduos. O reflexo deste comportamento de mercado levou a Índia Britânica (colônia inglesa) a ter sua sexta parte do total de rendas exclusivamente oriunda das transações do ópio – isso sem mencionar, ainda, a grande e livre demanda consumerista nos botequins europeus do século XIX (KARAM; 2007).

Entra em jogo, neste cenário, a nação propulsora do capitalismo mundial: Os Estados Unidos da América. Segundo Orlando D’Elia Filho Zaccone (ZACCONE; 2007), com o intento de desacelerar o crescimento e desenvolvimento econômicos Inglês, os EUA deliberaram na convenção de Xangai um “acordo internacional” destinado à salvação do povo chinês do ópio e seus efeitos, bem como da submissão dos orientais aos monopólios do mercado europeu. Não passava, contudo, de um apelo essencialmente moralista para abarcar novos mercados de consumo e, simultaneamente, esfriar os demais concorrentes.

A partir daí, um intenso conflito pelo mercado se originou. Ainda segundo Zaccone, em 1912, os ingleses, em contrapartida – já que prejudicados pela vedação do comércio e do consumo do ópio na China – condicionaram sua participação na Convenção Internacional de Haia pela proibição de outras substâncias até então livres para o tráfego mercantil (os derivados de ópio e da cocaína, por exemplo), ônus este recaído na França, Holanda e Alemanha, países com alta produção de cocaína através das emergentes indústrias farmacêuticas. Tal condição, aprovada com algumas resistências, acabou sendo o marco inicial do controle internacional de drogas no mundo.

Novas conferências, realizadas sob a coordenação da Liga das Nações, surgiram para ratificar e complementar o conteúdo aprovado na Convenção Internacional de Haia. Segundo Nilo Batista (BATISTA; 2001), a Convenção de

Genebra, ocorrida no ano de 1925, determinou que os países signatários revisassem periodicamente sua legislação no tocante à importação e exportação de produtos entorpecentes, enquanto que a conferência de 1931, também na cidade Suíça, veio a regulamentar o conteúdo de rotulagem das embalagens, bem como qualquer informação acerca de comercialização ilegal destas substâncias (tráfico). Por fim, na convenção realizada em 1936, preocupou-se em apresentar diretrizes ao combate do tráfico internacional, tais como a regulamentação da extradição e da reincidência internacional.

Na conjuntura idealizada e confirmada através dos encontros transnacionais, uma diversa gama de interesses ao derredor do assunto das drogas originou resoluções proibitivas de diferentes essências e aspectos em cada país. No caso da maior potência Norte Americana, a sua Corte Suprema, nos idos de 1962, confirmou o entendimento de que o usuário de drogas seria, em verdade, um (potencial) doente, posicionamento este que modificou o discurso médico-sanitário da época.

A criminóloga venezuelana Rosa del Olmo afirma que no período acima destacado, o consumo da droga no país norte-americano não tinha relevante impacto social, porquanto a demanda e o uso eram proporcionalmente bem menores do que hoje se vê. Enquanto tal situação ocorria nos Estados Unidos, onde usuários sequer eram razão de qualquer preocupação governamental – visto que isolados em guetos metropolitanos frequentados por negros ou porto-riquenhos -, a América Latina começava a considerar o uso de drogas como precursor de outros problemas sociais, tal como a violência (DEL OLMO; 1990).

Nesta passada, aborda a criminóloga o papel influente das organizações internacionais. Especialistas da OMS e da ONU começavam a ganhar voz pelo discurso antidrogas, qualificando-as como efetivo temor à saúde pública, orientação suficiente para qualificar o uso de drogas como verdadeira patologia ou vício, a depender do caso, e o seu consumidor um “vulnerável” à delinquência. O discurso de “perversão moral” acabou bastante difundindo na sociedade, inclusive a concepção de que os consumidores de droga eram “criminosos viciados dados a orgias sexuais” – ideia associativa entre droga-sexo – ou mesmo “degenerados”.

Ainda nas palavras de del Olmo, a década de 60 tornou-se o período maniqueísta social da droga. O problema se apresentava em forma de luta entre dois polos: o bem e o mal. O estereótipo moral da droga ensejou a criação aterrorizante dos “vampiros” que sugariam os “filhos de boa família” ao mundo dos psicotrópicos:

Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o *discurso jurídico* enfatizar na época o *estereótipo criminoso*, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do *estereótipo da dependência*, de acordo com o *discurso médico* que apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário* (p. 34)

Extraí-se da passagem da autora, portanto, que o indivíduo oriundo, em geral, das camadas marginais sociais, dos guetos, era mais facilmente classificado como o “delinquente”, ao revés do consumidor, comumente encontrado em posição social distinta, mais elevada, qualificado, de outro modo, como “doente”, graças ao difundido discurso médico do *dependente*.

É desse embrião ideológico criado na década de 60 que surge o discurso híbrido sobre a droga: o discurso médico-jurídico (fusão dos modelos *médico-sanitário* e *ético jurídico*). Olmo associa este discurso à origem da *ideologia da diferenciação*, orientação necessária para a distinção entre traficante e consumidor, delinquente e doente. A partir de então, precipuamente na década de 70, surge a famigerada *guerra às drogas*, culminando inevitavelmente nos movimentos de lei e ordem nas décadas subsequentes.

Vale lembrar que, ainda na década de 60 (também chamada de época de ouro das drogas), surge uma surpreendente e poderosa nova substância psicotrópica. Desenvolvida em 1938 para experimentos, o LSD espantou o mundo com o enorme potencial de transformação da mente do usuário, visto sua enorme capacidade de inundação do cérebro através de um composto alucinógeno que altera e gera grande desordem mental e implicações de consciência. Consequência

da difusão do LSD pelos vazamentos laboratoriais, relevantes metamorfoses sociais ocorreram, sobretudo pelo professor da Universidade de Havard Timothy Leary, grande entusiasta e incentivador do uso de LSD, influenciando as partes sociais mais revolucionárias dos Estados Unidos, tais como a juventude e os descrentes das instituições políticas. Deu origem, assim, ao famoso slogan de “*sexo, drogas e rock and roll*” (BARTON; JOHNSTON; LILLIE; CARMEL; 2016).

Então Presidente dos EUA, Richard Nixon declarou Timothy como o indivíduo da mais alta periculosidade. Compreendia Nixon ser o alto consumo de drogas um péssimo sinal de decadência social. Tal contexto, então, serviu de base para a criação de um novo arcabouço legislativo que classificava as drogas como inimigo número um da sociedade. Para tanto, fora criada uma Agência com especial fim de combate e repressão às drogas, bem assim uma lei que classificava as substâncias entorpecentes (previamente taxadas no rol da Lei de Substâncias Controladas) em cinco níveis: as drogas classificadas como mais nocivas ao usuário estariam em primeiro nível e, progressivamente, preencheriam o quinto nível aquelas mais brandas, na teoria. Ironicamente, a maconha – inclusive o seu uso medicinal – figurava no mais alto patamar de periculosidade, ao contrário de drogas como a cocaína, a morfina e o ópio. Sem dúvidas, tal fato demonstra a “opção” legislativa com base em elementos econômicos e políticos em detrimento dos científicos (BARTON; JOHNSTON; LILLIE; CARMEL; 2016).

Mas é na década de 80 que a expansão das drogas atinge seu ápice. Segundo del Olmo (DEL OLMO; 1990, p. 55):

Por outro lado, ao entrar na década de oitenta, os Estados Unidos contarão com o maior número de consumidores de drogas de toda sua história e, particularmente de cocaína e maconha. Apesar disso, o consumidor deixa de ser considerado um “doente” e passa a ser considerado “cliente e consumidor de substâncias ilícitas”. A preocupação central é a *droga procedente do exterior* – e muito especialmente os *aspectos econômicos e políticos* do tráfico de cocaína, droga que, como já assinalamos, é o centro de atenção do discurso nos últimos anos

Aliado a tal situação, ocorre o surgimento de novas drogas com enorme potencial lesivo aos seus consumidores:

No final dos anos 80 surgiu o crack uma mistura de pasta de cocaína com bicarbonato de sódio, droga que conseguiu o que nenhuma outra havia

conseguido até então, democratizar e unificar todos os dependentes, unindo os dependentes de todas as classes sociais em torno dela, por ser mais barata, de efeito fulminante (10 segundos para dar o efeito), altamente viciante, em muitos dos casos basta somente a experimentação para se tornar dependente. Pessoas abandonaram suas casas, famílias, trabalho e tudo por causa da dependência do crack (BEOLCHI; 2016).

A partir do contexto acima apresentado, relembra Rosa del Olmo que o governo americano, no ano de 1984, apresentou uma nova *Estratégia Nacional para a Prevenção do Uso Indevido e o Tráfico de Drogas*, tática que reforçou sobremaneira a ideologia do combate às drogas. Segundo Zaccone (2007, p.100), esse novo modelo de repressão passou a estabelecer sistemas reais de potencialidade genocida em todo o continente Latino-Americano, visto que fomentados pelos movimentos de Lei e Ordem que, como já exposto, legitimou a ideologia de diferenciação com base no terror e no medo, tornando a droga e qualquer contexto a ela ligado como inimigo crucial da sociedade. Zaccone ainda aponta o seletivismo punitivo decorrente da política antidrogas adotada, cujos alvos, claramente estereotipados, sofriam as consequências das ações do sistema penal e carcerário. Assim, exemplifica o autor que a condição de (baixa) escolaridade ou as deficiências de socialização seriam fatores suficientes para a perseguição daqueles que aí se encaixam.

Com efeito, pode se afirmar sem maiores problemas que esta estratégia de combate às drogas teve seu ponto de partida na maior potência militar mundial ocidental, revelando-se, para isso, diversos fatores que culminaram neste pioneirismo, dentre os quais a ferrenha oposição cristã a algumas substâncias capazes de alterar a consciência humana; o incômodo das elites sociais e econômicas com os ditos “excessos” das classes menos favorecidas, classificadas como “perigosas” ou “inferiores” e, sobretudo, pelo incentivo dispensado a algumas substâncias psicoativas em detrimento de outras, frustrando alguns interesses de ordem econômica e financeira. (FIORE; 2005).

Aqui no Brasil, ainda segundo Fiore, até o final do século XIX não havia uma relevante preocupação direta do Estado tangenciando o consumo de drogas, tampouco qualquer debate acerca de um possível controle estatal para o consumo destas substâncias, talvez porque, mesmo países vizinhos imersos em plena crise

com o desenvolvimento do tráfico, acreditava-se ser um problema de ordem local. Em verdade, tão somente na última década de 70 se instaura a fase embrionária de uma discussão mais incisiva sobre drogas na sociedade brasileira.

2.2 A EVOLUÇÃO SÓCIO-NORMATIVA BRASILEIRA

O ponto de partida para a tutela penal no ordenamento jurídico brasileiro sobre drogas é as Ordenações Filipinas. Sob intensa influência dos direitos Romano, Canônico e Germânico, dispunha em seu título nº 89 que:

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, resolgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem água delle e nem escamonea, nem ópio, salvo se for boticário examinado, e tenha licença para ter botica, e usar de ofício. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa câmara, e a outra para quem o accusar, e seja degradado para África até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticários (As ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXIX)

Empós, mesmo não abordando especificamente a matéria, o Código Criminal do Império brasileiro – ordenamento subsequente – tratou, através do regulamento de 29 de setembro de 1851, da venda de medicamentos e substâncias para a medicina, bem como da polícia sanitária:

Art. 48. Inspeccionarão com o maior escrupulo as substancias alimentares expostas á venda; visitarão todos os annos, huma vez pelo menos e em epocas incertas, as boticas quer de particulares, quer de Corporações, as drogarias, armazens de mantimentos casas de pasto, botequins, mercados publicos, confeitarias açougues, hospitaes, colegios, cadêas, aqueductos, cemeterios, officinas, laboratorios, ou fabricas, em que se manipulem remedios ou quaesquer outras substancias que servem para a, alimentação e podem prejudicar a saude; e em geral todos os lugares donde possa provir damno á Saude Publica, ou pelas substancias que se frabricão ou pelos trabalhos que se operão, devendo preceder as convenientes participações ás respectivas Autoridades, quando se trate de Estabelecimentos publicos.

Art. 67. Os medicamentos compostos, de qualquer denominação que sejam, ou quaesquer outros activos, não poderão ser vendidos senão por pessoa legalmente autorisada. Os droguistas não poderão vender drogas ou medicamentos por peso medicinal, nem poderão vender os medicamentos compostos chamados officinaes.

Art. 68. As substancias venenosas constantes da 1ª tabella a que se refere o Art. 79 não poderão ser vendidas se não a Boticarios e droguistas matriculados. As empregadas em artes e para fabricas só serão vendidas aos fabricantes, quando estes apresentarem certidão de matricula. (Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851)

A conseqüente evolução normativa culminou na elaboração do Código Penal de 1890. Neste dispositivo, a venda ou o ato de ministrar substâncias classificadas como venenosas sem prévia autorização ou em desacordo com a burocracia dada à época estar-se-iam subsumidos à tipificação legal criminal. O curioso aqui é que, mesmo havendo já algumas iniciativas acerca de um mínimo controle de uso e distribuição de psicotrópicos, de modo paradoxal inexistia qualquer norte político sobre drogas na sociedade brasileira. Interessante, outrossim, que essa disposição original já consagrava uma norma penal em branco, visto que necessariamente carecia de complementação da regulação sanitária, vinculada ao Poder Executivo da época (Carvalho; 1996).

A questão no Brasil começa a ganhar um pouco de relevo após a Convenção Internacional de Haia, em 1912, quando, sendo um dos países subscritores do acordo antidrogas, passou a fiscalizar o consumo de ópio e cocaína. Proporcionalmente, também ganham relevo, por outro lado, a demanda e a oferta de drogas na sociedade, fator que fez ligar o sinal de alerta das autoridades brasileiras, cujo posicionamento descambou na edição do decreto nº 4294, de 06 de julho de 1921, modificado posteriormente pelo decreto nº 14.969. Tal disposição já previa a internação compulsória de consumidores de entorpecentes, em seu art. 6º.

O Decreto nº 2.953 de agosto de 1938 (que modificou o Decreto nº 780, de 1936) torna-se o mais notável ato de combate à toxicomania no Brasil. Influência direta deste decreto foi a elaboração da Lei contra a Lavagem de Capitais, visto que, segundo Raimundo Carlyle “a ligação entre essas duas atividades ilícitas verifica-se no momento em que os grandes traficantes de Drogas procuram no Money Laundering (lavagem de dinheiro) um meio de encobrir os ganhos oriundos do comércio ilegal de Drogas” (CARLYLE; [2016]).

Finalmente, em 1940, foi promulgado o até hoje vigente Código Penal brasileiro, disciplinando a matéria concernente às drogas em seu artigo 281 com a seguinte redação: “Importa ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar a consumo substância entorpecente. Pena: 1 a 5 anos de reclusão, e multa de 02 a 10.000 cruzeiros”. O seu § 1º, inc. III, era enfático:

“Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Aliás, foi na década de 1960, mais precisamente em 10 de fevereiro de 1967, que o então Presidente militar Castelo Branco determinou (Decreto-Lei nº 159) que para qualquer substância com potencial de provocar dependência física ou psíquica, mesmo que não considerada entorpecente, seria aplicada a legislação repressiva de drogas. Na sequência, uma sucessão de leis alterou o teor do dispositivo 281 do Código Penal, convergindo na edição da Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976.

2.2.1 ANÁLISE DA LEI ANTITÓXICOS DE Nº 6.368 DE 1976

Pois bem. No seu capítulo I, dispunha a outrora lei antitóxicos sobre as medidas adotadas para prevenir e repreender o tráfico ilícito de entorpecentes, como também o consumo de qualquer tipo de substância que potencialmente viesse a induzir o seu usuário à dependência química – artigos 1º ao 7º.

Nesse aspecto, convém salientar que o repisado texto normativo entendia que substância entorpecente (apta, portanto, a criar dependência, física ou psíquica) deveria ser previamente especificada por outra lei ou pelo serviço nacional de fiscalização de medicina e farmácia, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, Poder Executivo. Tratava-se, portanto, de norma penal em branco, carecendo de outra lei – ou até mesmo regulamento – para complementar o alcance do comando.

Em seu capítulo II, do artigo 8º ao 11, o texto buscou disciplinar a forma de recuperação e tratamento do indivíduo considerado dependente químico, organizando as redes de saúde do Estado para o seu devido acolhimento.

No capítulo seguinte, o de nº III, encontrava-se, talvez, o ponto de maior relevância do repisado texto legal. Os crimes e suas conseqüentes sanções penais estavam dispostos nesse título, do artigo 12 ao 19. Não se olvide, aliás, que é neste capítulo, mais precisamente no art. 16, que a Lei vai tratar das conseqüências penais do usuário de drogas.

2.2.1.1 O ARTIGO 16 DA LEI Nº 6.368/76 E O USUÁRIO DE DROGAS

Como dito há pouco, o dispositivo de nº 16 da antiga Lei Antidrogas tratou de delimitar as condutas incriminadoras relativas ao consumidor. *Verbis*:

Art. 16. 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:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A autora Rozimeri Aparecida Rigon (RIGON; 2000), amparada em julgado da Corte Estadual paulista, dilucida as condutas eleitas pelo legislador com bastante lucidez:

Adquirir, quer dizer obter de forma gratuita ou onerosa; passar a ter a posse de alguma coisa mediante compra, troca, oferta, etc.; já guardar, significa conservar, manter, vigiar com o intuito de defender, proteger ou preservar; trazer consigo, refere-se ao porte de substância. Veja-se: no verbo adquirir o delito é instantâneo; nas condutas de guardar e trazer consigo, é permanente. No verbo adquirir não importa se o adquirente não comprou a substância, basta que o agente a tenha na sua posse para se caracterizar o delito.

Do quanto exposto pela autora, observa-se, de pronto, que o uso da droga não gerava a tipicidade pretendida pelo dispositivo em comento. A preocupação não era, portanto, com o próprio consumo do entorpecente, repreendendo, em verdade, condutas inerentes às etapas antecedentes, preparatórias para a utilização da droga. Elucida Rigon que se o usuário consumisse toda a droga em momento imediatamente anterior à eventual prisão, durante a abordagem policial o indivíduo jamais poderia ser enquadrado ao tipo em questão, vez que não praticara, na hipótese, um dos verbos núcleo do artigo.

A ideia aparente do dispositivo antidrogas estaria ligada à suposta vulneração a que era submetida a sociedade, mais precisamente no tocante à saúde pública exatamente no momento em que a droga estaria apta ao consumo de

qualquer cidadão, indicando, nessa situação, alta capacidade de difusão entre os demais e o alastramento de danos irreparáveis ao meio.

Todavia, tomando-se por base a efetiva aplicação do tão comentado artigo 16, percebe-se que a sua *mens legis* visou tão somente punir com mais rigor os comportamentos ali descritos sem, em verdade, dispensar qualquer preocupação ao usuário de drogas, não se tratando, portanto, de uma dificuldade de ordem pública, mas tão somente jurídica. Conforme o brilhante autor Vicente Greco Filho ressalta (GRECO FILHO; 1996):

Para a incidência do art. 16, portanto as condutas “adquirir”, “guardar” e “trazer consigo” só podem ser praticadas quando a finalidade exclusivamente seja o uso próprio e não seja ela desviada pelo fornecimento a terceiro

Assim, complementa Renato Marcão (MARCÃO; 2005) que, para a configuração do artigo 16 necessitava-se de um fim específico de agir do agente. É dizer: a droga ou substância que determinasse qualquer tipo de dependência física ou psíquica deveria se destinar ao “uso próprio”, pois, em caso oposto – uso de terceiro -, restaria configurado o crime de tráfico, previsto no art. 12, da mesma lei.

Convém destacar, por ora, que o artigo 16, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes à época, salvaguardava e tutelava o bem jurídico saúde pública. Ednarg Fernandes Marques, em obra de sua autoria (MARQUES; 2001), ousou infirmar tal entendimento uma vez que, segundo o próprio, os crimes de afronta à saúde pública ofenderia o interesse geral da sociedade, pois tratando-se de perigo geral ou comum, não haveria de determinar o número de indivíduos atingidos. Assim, por outro lado, levando a cabo o sentido de “guardar” ou “trazer consigo” substância entorpecente para o uso próprio, não se cogita a expansão desse perigo a terceiros, visto que possuem sentidos antagônicos o consumo próprio para a difusão a terceiros. Desse raciocínio, concluiu o autor pela atipicidade das condutas incriminadas no artigo 16, já que não haveria possibilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado.

A postura de repressão e combate que culminou no viés punitivo mais intenso ao usuário começou a se flexibilizar após a edição da Lei nº 9.099/1995 (Lei

dos Juizados Especiais), que instituía novas formas de pena para crimes classificados como de menor potencial ofensivo – com pena máxima de 02 (dois) anos de detenção -, albergando, assim, os consumidores de droga. Nessa nova perspectiva, inobstante a previsão da lei antidrogas prever pena restritiva de liberdade, raramente o usuário a cumpriria, já que havia a possibilidade do juiz substituí-la por pena alternativa, restritiva de direitos. Notadamente, a concepção inovadora da Lei de Juizados tornou-se importante marco para a ruptura do prisma punitivista ao usuário, consagrando-se em sua totalidade tal entendimento com o advento da Lei 11.343/2006, a nova Lei Antidrogas, cuja abordagem se dará mais a frente.

2.2.1.2 A EDIÇÃO DA LEI 10.409/2002: DA PROMISSORA POLÍTICA DE DROGAS AO FRACASSO DA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Conforme observado pelo tópico transato, a Lei 6.368/76 materializou o estereótipo do usuário e do traficante e, ainda, tentou delimitar as condições de tratamento e recuperação do usuário considerado dependente, haja vista que tal situação era posta, de forma implícita, como um perigo genérico à sociedade. Num viés bem punitiva e proibicionista, havia um maior cuidado em repreender e punir a posse da droga em detrimento da promoção de um devido acompanhamento especializado ao usuário/dependente (CARVALHO; 1996).

O passar do tempo, a evolução do pensamento doutrinário penalista, bem como de alguns setores sociais fizeram com que a antiga lei de drogas se tornasse defasada e ultrapassada, carente de inovações e mudanças, já que não possuía mais serventia como instrumento de controle penal para o fim a que se propôs outrora: a prevenção e o tratamento de usuários/dependentes, bem assim a repressão ao usuário/consumidor e aos traficantes (BITTENCOURT; 1993).

Continua Bittencourt ressaltando que a falência do sistema de prisão, sobretudo nos crimes ligados ao tráfico de entorpecentes, tornou obrigatória a mudança ideológica acerca desta questão baseada na crença de que o cárcere corresponderia a melhor satisfação dos anseios sociais.

Nesse contexto, com nítido propósito inovador, tramitou no Congresso Nacional – por longos onze anos – a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Assim, editada para disciplinar a matéria em sua inteireza no tocante às substâncias entorpecentes, ela precisaria dispor, de modo cauteloso e analítico, sobre o tratamento, a prevenção, o controle e a fiscalização do mundo das drogas. Não foi bem o caso.

Em sua redação original, enquanto projeto, previa um rol de cinquenta e nove artigos. Sob a chancela da Presidência da República, entretanto, restou vetada quase a metade dos artigos originalmente previstos, ocasionando verdadeira teratologia legislativa. Tal acontecimento sobre a nova lei, segundo Sídio Rosa de Mesquita Júnior, “desnaturou sua ideologia inicial e fez com que perdurassem apenas textos esparsos, repletos de contradições” (MESQUITA JÚNIOR; 2003).

Tamanha desordem na construção até a aprovação da Lei nº 10.409/2002 culminou num grande desestímulo ao que seria um promissor avanço no debate e conscientização da problemática das drogas e suas consequências, como, a exemplo, a importante ideia de se ter como ponto de partida o combate à estigmatização do consumidor de drogas o que, por consequência, viria a afastar o direito penal e o cárcere como (insuficientes) soluções para a situação. Percebeu-se, por parte de renomados doutrinadores e aplicadores do Direito, grande inquietação pelos equívocos legais ali presentes, o que jamais poderia subsistir ante a sua incompatibilidade com a Carta Maior (GUIMARÃES; 2006, p. 20).

Destarte, a Lei nº 10.409/2002, ante o veto de toda sua parte material, paradoxalmente ao que foi idealizado, praticamente não inovou (salvo em questões procedimentais, como a apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia, norma de caráter eminentemente processual). As questões relativas ao usuário de drogas não foi devidamente trabalhada, remanescendo, até a época de sua vigência, as mesmas inquietudes penais que afligiam a instâncias ordinárias do judiciário. Dependente e usuário continuaram a ter o mesmo tratamento material. A colcha de retalhos chamada de Lei nº 10.409/2002 demandou uma nova ordem legislativa: a atual Lei 11.343/2006.

3 DA ANÁLISE DA LEI 11.343/2006 E O TRATAMENTO DISPENSADO AO USUÁRIO DE DROGAS

A política brasileira de drogas pautou-se, desde os desdobramentos iniciais, em uma posição bastante intervencionista, baseada principalmente na repressão ao consumo de substâncias entorpecentes ou àquelas que provocassem, de algum modo, dependência física ou psíquica. Assim, conferiu ao sistema penal forte papel de controle do comércio destas substâncias, acreditando estar assim a conter o uso dos entorpecentes.

Todavia, mesmo após longos anos creditando à ideologia penalista a solução para a questão, a realidade trouxe à baila que o mecanismo projetado sequer amenizou a problemática da toxicomania. Tal contexto, de certo, impôs a necessidade de se pensar em um ordenamento diferente e eficiente, apto a estabelecer parâmetros ao combate ao tráfico de drogas, bem assim as tratativas ao usuário de drogas.

A Lei 11.343/2006 oportunizou relevantes transformações ideológicas, pois previu medidas de prevenção ao uso e a recolocação social do dependente, ao mesmo tempo em que adotou posição repressiva contra a produção não autorizada e o tráfico ilegal de drogas, bastante claro em seu art. 4º, inc. X.

Do ponto de vista penal, a Lei 11.343/2006 manteve os dezoito verbos núcleo do tipo que já eram constantes no revogado art. 12 da antiga Lei 6.368/1976, havendo discreta alteração nas condutas de “fornecer ainda que gratuitamente” ou “entregar de qualquer forma para consumo” para “entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”, aumentando-se o *quantum* de reprimenda previsto de 03 (três) à 15 (quinze) anos para 05 (cinco) à 15 (quinze) anos, além de recrudescer a pena de multa. O combate ao tráfico de drogas tornou-se uma prioridade de combate pela repisada lei, tendo sido, inclusive, equiparado a crime hediondo, com todas as vedações inerentes aos tipos enquadrados nessa espécie.

O usuário, por outro lado, teve disciplinamento mais brando (e humanitário) visto que, mesmo ainda sendo a conduta tratada como crime, a norma

aflictiva deixou de prever a incidência de aplicação da sanção corpórea, passando a aplicar penas alternativas.

O interessante aqui é a discussão travada em torno da natureza do tipo previsto, em consideração à dúvida acerca da efetiva descriminalização, despenalização ou descarcerização da conduta. O autor Luiz Flávio Gomes (GOMES; 2006). entende que a tipificação prevista no art. 28 compreende, em verdade, infração *sui generis*, dada a não configuração de contravenção penal, muito menos crime (já que são espécies do gênero infração penal), quiçá ilícito de ordem administrativa, pois compreende que as sanções cominadas são aplicadas por uma autoridade judiciária.

Já para Vicente Greco (GRECO FILHO; 2009), não haveria de se falar em descriminalização ou despenalização da conduta. Para o pensador, houve apenas o abrandamento das sanções outrora previstas, de modo que tal dispositivo ainda se encontra no rol de capítulos dos crimes trazidos pela lei.

Certo é que o legislador ordinário optou, como política criminal e de modo bastante camuflado, pela manutenção da criminalização da conduta de portar substância ilícita entorpecente para uso próprio, de modo que somente enfraqueceu as sanções, gerando novas penas alternativas e abolindo a pena de reclusão. O que parece é que o legislador hesitou em gerar uma carga negativa através de uma efetiva descriminalização do uso de drogas por conta exatamente de uma sociedade pouco evoluída no debate acerca destas substâncias.

Mas, será que, de fato, houve algum ganho para sociedade? Será que, convenientemente, os Tribunais do país passaram a enxergar o que seria o mero usuário para os denominados traficantes de “pequeno porte”?

4 DA FALÁCIA DO PROIBICIONISMO: POLÍTICA INEFICAZ DE COMBATE ÀS DROGAS

Como já exposto em linhas transatas, a coexistência de substâncias psicotrópicas e o homem é relação bastante antiga e íntima, cuja experiência se

manifesta, até hoje, através de diversos vieses: religioso, integrativo, hedonista, social, etc. Assim, neste aspecto, em que pese a tecnologia para a produção e surgimento de novas substâncias, não há nada de novo no que tange, propriamente, à incessante busca do homem à droga, não constituindo-se, portanto, um mal contemporâneo.

A ideologia proibicionista, também conforme já pontuado há pouco, desenvolveu-se a partir de questões de interesse político-econômico, notadamente tendo os EUA à frente como total interventor da ordem transnacional de repressão às drogas. É preciso compreender, neste diapasão, os aspectos e fundamentos que embasam tal ideologia, para, então, (tentar) concluir, ou pelo menos analisar, se este viés corresponde a melhor estratégia para o combate ao tráfico. Segundo o pensador Tarso Araújo (ARAÚJO; 2012, p. 207):

COMO FUNCIONA: produzir, distribuir, transportar, vender, comprar e portar drogas, em qualquer quantidade, são crimes. Em geral atividades ligadas à produção e distribuição são punidas com prisão. As penas ligadas ao uso costumam ser mais brandas, mas em muitos países também levam à cadeia. A compra e a venda podem ser autorizadas por órgãos competentes, em casos específicos, quando é comprovado que a droga será usada com finalidades religiosas, medicinais ou científicas; OBJETIVO PRINCIPAL: diminuir a oferta das drogas proscritas para aumentar seu preço e reduzir as oportunidades de consumo; ONDE EXISTE, COM QUE DROGAS: essa é a política dominante nos 183 países participantes das três convenções sobre drogas da ONU, de 1961, 1971 e 1998. As regras desse tratado se aplicam a mais de cem substâncias naturais e sintéticas.

O supratranscrito corresponde basicamente o conceito proibicionista consagrado nas convenções realizadas pela Organização das Nações Unidas ao longo do século XX.

De uma análise mais detalhada, extrai-se o repouso de parte das diretrizes do diálogo repressivo em questões meramente morais e/ou religiosas, basicamente oriundas do protestantismo cristão norte-americano que pregava a privação do uso de substâncias entorpecentes como objetivo do homem enquanto ser vivente. E, assim como a ideia de punição para o pecado, o discurso punitivista ganha bastante força como exclusiva e única solução para o combate do consumo e tráfico de drogas, visto que, tal qual a teoria da prevenção geral negativa, frearia as

ações individuais através do exemplo e do medo da sanção correspondente à transgressão realizada.

O pensamento proibicionista parte do princípio muito básico de distinção entre drogas ilícitas e lícitas, com a plena certeza de que a utilização do sistema penal seria o freio ideal para o desejo de consumo de drogas. E o pior: esse mesmo sistema estaria encarregado de dificultar a disseminação das substâncias, ao tempo em que, também em seus “ombros” restaria a missão de promover a reabilitação dos usuários-dependentes. A autora Mariana de Assis Brasil e Weigert (WEIGERT; 2010, p. 32-33) informa, ainda, que o sistema repressivo atua de duas formas: diretamente, ao condicionar o consumidor através de penas e, indiretamente, ao tentar orientar a disponibilidade das substâncias, justificando tal posição, para tanto, sob o fundamento de que o uso e a distribuição da droga afeta a saúde comum a todos.

Mas, então, por que o proibicionismo não vem funcionando?

O Brasil seria um bom parâmetro para a resposta desta indagação. Neste ano de 2016, a atual Lei Antidrogas (11.343/2006) completa 10 (dez) anos de vigência. Nesse ínterim, não só os avanços sociais se mostraram evidentes, mas também novas reflexões e questões de debate afloraram como nunca antes visto na sociedade tupiniquim. E um dos pontos assume notável importância: evidenciar que a discussão em torno das drogas também carrega consigo a assunção da falência do Direito Penal, das instituições de controle e do próprio sistema penal como um todo (CALLEGARI; WEDY; 2008, p. 19). Com a cascata de informações do dia a dia sobre tráfico e uso de drogas, suas derivações e influências na sociedade, é fato incontroverso que o controle do Estado se mostra precário e extremamente insuficiente, não estabelecendo ou cumprindo sequer a essência da política adotada na própria lei antidrogas.

Este contexto deve ser a premissa básica para compreender a problemática social envolvendo as drogas, convergindo no principal ponto de partida para um possível abrandamento dos negativos efeitos do seu uso e do seu compartilhamento. Por isso, deve-se insistir neste posicionamento já que, em se

tratando de um imbróglio de escala mundial, as mazelas produzidas não ficarão restritas somente ao objeto “droga”, mas também às demais modalidades de tráfico (sexo, armas, animais, etc.) e, sobretudo, às pessoas. Não trata-se, portanto, de uma canalização específica e exclusiva às drogas, mas da própria “coisificação” do ser humano como fonte de lucros ilícitos através do consumo, venda e organização de “subclasses” (BAUMAN; 2008, p. 156) – indivíduos específicos à margem das camadas mais elevadas da sociedade -, fragilizando a sociedade civil como um todo.

A expansão avassaladora do tráfico para além das fronteiras territoriais interpaíses estabeleceu uma demanda impossível de fiscalização pelo Estado (já muito deficiente em “estrutura de combate”), extrapolando a sua capacidade de controle e revelando total ineficiência no acompanhamento e repressão destes fluxos mercadológicos ilícitos. Aliás, essa dimensão transnacional desvelou que não há mecanismos de controle plenamente eficaz no que tange ao confronto do tráfico, haja vista a imensa rede de sustentação de ordem mundial, enfraquecendo, mais ainda, qualquer demanda de averiguação, tanto interna, quanto externamente.

Nesse contexto, urge a necessidade de uma reciclagem estratégica para arejar os mecanismos de desestímulo do uso das substâncias ilícitas, sob um enfoque muito menos custoso ao erário e, ao mesmo tempo, mais pacífico, visando, ainda, a condição e a dignidade humanas. A descriminalização é uma tendência mundial, já observada em países europeus como Portugal e Holanda, e, até mesmo, latinos, como o Uruguai.

A Lei Antidrogas até então vigente no ordenamento atual completou seus dez anos de vida e, nessa jornada, pelo menos através de uma análise estatística, nada progrediu. Aliás, piorou. Os números relacionados aos delitos de drogas x população carcerária mostram uma realidade muito aquém do esperado para uma legislação – dentre as inúmeras outras passadas – mais humanista. Em recente publicação no portal JOTA, Ilona Szabó de Carvalho, Ana Paula Pellegrino e Beatriz Alquéres (2016) trazem à baila os assombrosos números do encarceramento nacional após a edição da Lei 11.343/2006:

No entanto, a estratégia adotada com a intenção de garantir o acesso à saúde não funcionou. Não só a insistência na criminalização da posse para consumo se mostrou um impeditivo ao investimento em prevenção, redução de danos e tratamentos eficazes e à busca por esses serviços por parte de usuários, como também a falta de critérios objetivos de distinção entre uso e tráfico de drogas gerou uma grande insegurança na hora da incriminação. Tal insegurança afeta diretamente a decisão sobre o destino daquela pessoa, se ela voltará para sua casa ou será mandada para a cadeia. Um indicativo de que não estamos tomando boas decisões é a explosão da população carcerária, concomitante à década de vigência da lei. Os últimos números publicados, de dezembro de 2014, falam em 622 mil presos no país – significativamente maior do que os 384 mil reportados em dezembro de 2006. A lei de drogas é apontada como o principal motor desse crescimento. Estudos sobre o perfil das pessoas presas por tráfico no Brasil mostram que elas em sua maioria foram detidas em flagrante, estavam desarmadas, sozinhas e carregavam consigo pequenas quantidades de drogas. Poderiam, talvez, se tratar de usuários. Mas exatamente quantas pessoas estão presas por crimes relacionados a drogas no país? Nós mesmas afirmamos em outros textos que 28% das pessoas hoje presas no Brasil estão lá por crimes de tráfico, percentual que se aproxima dos 70% da população carcerária feminina. Fazendo os cálculos, seriam em torno de 171 mil pessoas. Em 2006, essa porcentagem era de 15%. Em números totais, passamos de 47 mil registros para 147 mil nesse mesmo período de tempo, uma média de crescimento de 18,1% ao ano, enquanto a taxa média de crescimento do total de registros foi de 9,1% ao ano, a metade. Mas, na verdade, essa porcentagem não se refere a número de pessoas. Uma análise mais detida dos relatórios do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias mostra se tratar do número de crimes reportados pelos quais pessoas estão presas – e apenas quando são declarados. Penitenciárias em mais de 20 estados brasileiros não registram esse número, uma quantidade maior o faz apenas parcialmente – incluindo a União, responsável pelas unidades federais.

A corroborar com os dados acima expostos, Maria Lúcia Karam (2009, p. 65) aborda:

O Brasil tem hoje, em números absolutos, a quarta maior população carcerária do mundo. Em dezembro de 2011, já eram mais de 500 mil presos (514.582), correspondendo a 269,79 presos por cem mil habitantes. Em 1995, essa proporção era de 92 por cem mil habitantes; em 2004, 183 por cem mil habitantes. Acusados e condenados por “tráfico” que, em dezembro de 2005 (a partir de quando começaram a ser fornecidos dados relacionando o número de presos com as espécies de crimes), eram 9,1% do total dos presos brasileiros, em dezembro de 2011, chegavam a 26,68%. Entre as mulheres, essa proporção alcança 57,62%. Entre dezembro de 1995 (pouco mais de 148 mil presos) e dezembro de 2011, isto é, em um período de dezesseis anos, a população carcerária brasileira aumentou quase 3,5 vezes. O aumento no número de presos por “tráfico” de drogas entre dezembro de 2005 (32.880 presos) e dezembro de 2011 (125.744 presos), isto é, em um período de seis anos, foi de quase 4 vezes.

O que se vê do supratranscrito é a extirpação da legitimação do discurso originário da repisada Lei de Drogas onde preconiza a distinção do usuário (não cometedor de ilícito penal) para o traficante, abrandando a incidência penal daquele,

enquanto que o último, visto como a principal gênese de toda a gravíssima problemática apresentada, suporta a mão pesada do sistema penal. A ideia, portanto, seria a sensível diminuição deste mercado ilegal. Todavia, ao revés, em absoluta verdade, nada passou da teoria. Nesses dez anos, a realidade das drogas ainda é problema muito grave, que acaba por estimular diferentes tendências de violência. Mayara Pellenz e Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (2016) contribuem:

Além de ser um problema de saúde pública e demandar políticas para seu atendimento, o que falar dos altos índices carcerários por conta do crime de tráfico de drogas? Hoje, são em média 700 mil presos no Brasil, índice que cresce de forma ininterrupta, contínua e crescente. 35% destes estão presos por tráfico de drogas, e 40% são presos provisórios. Questiona-se: que efeito essa medida tem no mercado da droga? Quem são aqueles que estão encarcerados? Ao ter a liberdade privada, a peça da engrenagem da organização criminosa é rapidamente substituída. No mercado da droga, no lugar do preso, alguém certamente ocupará o lugar que era seu, aqui do lado de fora.

O mais grave reflexo dessa realidade apresentada através dos números é a canalização ou o direcionamento da atuação estatal a determinado grupo de alvos pré-estabelecidos, como fora em toda a história política apresentada, e o ciclo retroalimentador desse sistema. As leis possibilitam a atuação de instituições legitimadas pelo Estado, como as polícias de um modo geral, para a persecução do problema: e aí estar-se-á também a legitimar a crença da resolução por meio da pura e simples repressão e retribuição da violência para a ilusória solução das demandas. Nesse sentido, o mestre Dalmo Dallari de Abreu foi pontual e bem atual em passagem de uma de suas brilhantes obras, posto que escrita há vinte anos (DALLARI; 1996, p. 24-25):

Estamos numa era de violência. Sob os pretextos mais elevados e com a desculpa de assegurar condições mais favoráveis à promoção dos valores humanos sacrificam-se esses mesmos valores, às vezes, os adeptos da violência partem da consideração absurda de que sacrificam os valores de um pequeno número para favorecer a de um número maior. Entretanto, os que não chegam a perceber é que os valores fundamentais de cada homem são valores de toda humanidade, não sendo admissível, nessa área, uma consideração meramente quantitativa. Além disso, como já foi ressaltado, as soluções de força são, quase que inevitavelmente, falsas soluções, pois a solução real ou aparente de cada problema significa a criação de muito outros, numa sucessão interminável. Os profissionais do direito, os que de qualquer forma, em qualquer setor, são responsáveis pelo funcionamento dos mecanismos jurídicos da sociedade, não podem, em hipótese alguma, sucumbir às tentações da violência e concordar com ela, mesmo quando pareça justa e necessária.

O papel de controle exercido pela polícia – instituição que mantém estreito e íntimo contato com a problemática – recai sobre as camadas marginais da sociedade, totalmente excluídas por fatores outros oriundos da ausência/omissão/incompetência dos agentes estatais. Assim, partem de um padrão lombrosiano para criar perfis de criminosos pertencentes a “castas” inferiores e os massacram para “garantir e efetivar os direitos fundamentais” (somente) dos que de cima assistem e creem na falsa noção de segurança por esta absurda atuação.

Num país marcado pela divisão histórica entre brancos e negros, pobres e ricos, por mais que o tempo transcorra seu decurso natural, a desproporcional e absurda desigualdade é fato permanente na sociedade brasileira. A droga assume, nessa quadra histórica, um status divisor de água bastante conveniente: indivíduos que merecem o encarceramento x aqueles que são tratados como vítima do poder e influência da drogadição. Age no sentido de determinar o criminoso diante de uma ideologia segregacionista. Mais uma vez, Maria Lúcia Karam (2009, p. 67) é precisa:

A nociva, insana e sanguinária “guerra às drogas” não é efetivamente uma guerra contra as drogas. Como qualquer outra guerra, não se dirige contra coisas. É sim uma guerra contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas substâncias tornadas ilícitas. Mas, é ainda mais propriamente uma guerra contra os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os “inimigos” nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os desprovidos de poder. [...] O alvo primordial da “guerra às drogas” brasileira é claro: “traficantes” das favelas e aqueles que, pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, a eles se assemelham são os “inimigos”. O mais recente e tão incensado novo modelo de policiamento no Brasil – as chamadas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) – não deixa dúvida quanto a isso. Sob o pretexto de “libertar” as favelas do Rio de Janeiro dos “traficantes” de drogas, esse novo modelo de policiamento consiste na ocupação militarizada dessas comunidades pobres, como se fossem territórios “inimigos” conquistados ou a serem conquistados. A ocupação fortalece o estigma e a ideia do gueto. A ocupação sujeita as pessoas que vivem nas favelas a uma permanente vigilância e monitoramento, com frequentes revistas pessoais até mesmo de crianças, com revistas domiciliares sem mandado (ou com algum vazio e igualmente ilegítimo mandado genérico), em uma espécie de “educação” para a submissão.

É nesse espaço que a situação deve ser ponderada. Como demonstra brilhantemente a passagem de Dallari de Abreu, o exercício da força por parte do Estado deve pautar-se no respeito e cumprimento dos direitos assegurados por uma Democracia de Direito. A presente dinâmica de atuação dessas instituições favorece

– e muito – às transgressões de todas as garantias previstas, legitimando, por exemplo, invasão de domicílios alheios, formações de milícias, subornos e tantos outros crimes. Constata-se, nesse nível abusivo estatal, uma atuação de exceção, a verdadeira legitimação de um Estado de Exceção. Giorgio Agamben (AGAMBEN; 2004, p. 13) afirma:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo

Essa perspectiva é intencionalmente provocada pelos interesses de ordem econômica (de mercado) em total detrimento das diretrizes consagradas na Lei Maior (direcionadas, sobretudo, à interpretação de qualquer legislação relativa à problemática das drogas). Como posto linhas pretéritas, o indivíduo não é considerado como cidadão, mas sim como consumidor. Surge um novo “princípio” derivado dessa realidade: o do “melhor interesse do mercado”. O Direito acaba servindo de instrumento perfeito para a promoção das finalidades que orbitam o crescimento econômico. (DA ROSA; LINHARES; 2011, p. 54).

As consequências dessa prática culminam obrigatoriamente no aprofundamento de uma crise social e institucional que, como efeito cascata, instiga e dissemina ideias de repressão punitivista e populista como o horizonte perfeito para a resolução dos delitos de um modo geral pelo falido sistema penal. Não permite espaços para os debates de natureza racional tangentes aos estudos das origens do problema, seus efeitos sociais, biológicos e, mormente, políticos acerca do mercado de substâncias ilícitas.

E a Lei Antidrogas – editada sob o reflexo de uma legislação com base, ainda, numa política proibicionista e segregacionista, sem maiores discussões acerca do tema – corrobora com a violência específica sobre a massa excluída socialmente dos privilégios ligados a quem possui médio e/ou alto poder aquisitivo, topo da pirâmide social. A figura do usuário no dispositivo em comento recebe

tratamento abrandado, sem a previsão de sanção corpórea, em total contraponto à figura do traficante, com pena mínima de cinco anos de reclusão, além do pagamento de, também no mínimo, quinhentos dias-multa (geralmente sendo cada dia 1/30 do salário mínimo vigente à época do delito). A lei, no entanto, não traça parâmetros objetivos ou mais seguros de diferenciação entre ambos os sujeitos. A tênue definição da incidência do artigo 28 ou 33 da referida Lei de Drogas é facilmente – pra não se dizer convenientemente - resolvida quando se está à frente de agente pertencente à base da pirâmide social, geralmente negro e sem alternativas. Dificilmente idênticos elementos de uma prisão em flagrante entre indivíduos portando drogas ensejarão o mesmo destino se eles pertencerem a distintas classes sociais.

Por óbvio, o resultado desta engrenagem favoreceu em demasia à inflação do encarceramento no Brasil, haja vista a sensível diminuição da tipificação do porte de droga para o consumo próprio, situação esta inversamente proporcional às condenações pelo crime de tráfico de drogas. Revela-se, deste modo, a mesquinhez da sistemática adotada, somente punindo e enjaulando os pequenos e eventuais traficantes, sem sequer vislumbrar ou alcançar aqueles que gerem um macro mercado de produção e distribuição de drogas. A seletividade acentua a desigualdade social, a crise e o caos nas cadeias, e obtém como resultado somente a trucidação dos direitos destes da margem, que, para o tráfico, já não faz diferença ante a enorme demanda para o preenchimento de sua vaga do lado de fora.

Observa-se, também, que o fruto de uma ideologia de vedação penal é o fortalecimento de um poder paralelo ao do Estado, cada vez mais atuante e presente na vida dos escorados da sociedade, tornando-se quase um imperativo semi-institucionalizado a inclusão destes sujeitos no crime. O apoio a um sistema de exclusão social como observamos nos dias atuais, claramente inconstitucional, culmina cada vez no fortalecimento de diversos fatores de opressão, desde a apologia do “bandido bom é bandido morto” à reprodução mecânica de ações penais como meros instrumentos legitimadores deste segregacionismo. E o que a maioria não consegue compreender é que nesse empilhamento de pessoas dentro de celas imundas, superlotadas e sem o mínimo de estrutura básica para a sua custódia é a especialização do agente num universo sádico e cruel, bem assim a formação de

polos e facções cada vez mais organizadas e coesas para o crime, mostrando toda a ineficácia dos parâmetros utilizados. A criminalidade também é, sem dúvidas, produto da situação carcerária atual.

Nessa sequência de horrores, sobrevém a pior delas: a estigmatização do agente. Este, recém jogado para sociedade após a passagem pela cadeia, precisará de meios para tentar sobreviver, agora com o peso de uma passagem criminal nas costas e o carimbo de “bandido” ilustrando a sua testa para aquela mesma sociedade e aquele mesmo Estado que corroboraram, de uma forma ou de outra, pela sua exclusão. O que lhe restará, senão ser acolhido pelo caminho que melhor lhe caiba encaixar como a própria criminalidade? Nesse sentido, o autor Carlos Robertos Bacila (BACILA; 2008, p. 24-25) expõe:

Estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também da imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controlá-lo e até mesmo de linguagem de relações, para empregar expressão de Erving Goffman, que compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os estigmatizados e os “normais”, pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é completamente humano.

O único “sucesso” da política proibicionista, na realidade em que se revela a cada dia, resume-se à destruição de vidas: fomento da violência, mortes, doenças, prisões, segregação, estigma. Exitosa, também, quanto à contribuição evidente nessas mais de quatro décadas de política repressora na transformação, distribuição e diversificação das drogas, tornando-as mais baratas e acessíveis a aqueles que almejam utilizá-la. Parasitando na ilegítima invasão do Estado na liberdade de cada indivíduo, bem assim na famigerada atuação da sistemática penal, nada mais é do que uma tentativa falaciosa e inócua, que nada afeta na produção e no fornecimento das substâncias tidas como ilícitas, pois, como já devidamente frisado, as peças desta engrenagem tornam-se fungíveis a bem do mercado paralelo.

Maria Lúcia Karam (2009, p. 70) em sua lucidez que lhe é peculiar, acrescenta ainda que:

Não bastasse isso, indevidamente se criam crimes sem vítimas. A criminalização de qualquer conduta há de estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, ou à exposição deste a um perigo de lesão concreto, direto e imediato. Quando não envolve um risco concreto, direto e imediato para terceiros – como a posse de drogas para uso pessoal –, ou quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico – como na venda de drogas para um adulto que quer comprá-las – a intervenção do sistema penal configura clara arbitrariedade.

Não é a droga que causa a violência, muito menos a sua circulação ou utilização. Exemplo crasso disso revela-se no legalizado mercado do álcool e do tabaco, altamente organizado, dentro do ideal de mercado, e, sobretudo, sem violência. Onde há proibição, ideologia fundamentada no combate, na guerra e, conseqüentemente, no ódio, inequivocamente, conseqüências para além do utópico afastamento do homem à droga ocorrerão. A produção ilegal de substâncias ilícitas como a maconha ou cocaína estará intrinsecamente ligada ao uso de armas e violência dada a realidade da própria ilegalidade, no enfrentamento da repressão estatal e também na ausência de possibilidade de resolução de conflitos por meios legais.

Aliás, a extensão da problemática referente a proibição das drogas gera diversos desdobramentos além das descritas no parágrafo anterior: o estigma criado, a segregação social, a famigerada exclusão – fatores ligados a ideia de crime – sempre geram mais violência, ou por parte dos próprios criminosos selecionados pelo sistema, vistos como verdadeiros inimigos, ou por aqueles que tem a função legitimada pelo Estado de – ineficiente – “fiscalizar” e “combater” o tráfico de drogas ilícitas. Mais uma vez, a título de ilustração, a realidade imposta ao México, nos idos de 2006, após a implementação da ideologia de guerra às drogas através da utilização das Forças Armadas Nacionais, culminou na morte de aproximadamente 60.000 (sessenta mil) pessoas, todas relacionadas, de um modo ou de outro, à proibição.

Outro paradoxo evidenciado pelo proibicionismo é a preservação de uma dita “saúde pública” que se agrava, e muito, em decorrência da ilegalidade mercadológica das substâncias. Ocorre, entretanto, que as derivações de violência próprias da guerra contra as drogas – pretexto para a preservação da sobredita saúde coletiva – impede que este mercado paralelo, ao menos, produza e forneça

substância com o mínimo de condições para o uso ou, até mesmo, seja passível fiscalizado por órgãos reguladores. Como toda disputa capitalista, a busca pelo lucro em qualquer mercado (seja ele lícito ou não) impulsiona a produção com o menor custo possível para a obtenção de um lucro em sua maior margem. E, num espaço sem qualquer demanda reguladora, a “liberdade” dos produtores para expor a droga à venda, seu grau de toxicidade ou até mesmo a qualidade da substância põe em risco a própria saúde coletiva – uma vez que os consumidores são os próprios componentes da sociedade como um todo.

E aí, Maria Lúcia Karam (2009; p. 78) conclui, a partir desse cenário, que a proibição ainda implica em um inibidor da procura por assistência médica pelos dependentes ou até mesmo pelos usuários prejudicados pelo uso eventual da droga, com o risco inerente a tal atividade. Ainda segundo a magistrada, o receio de evidenciar-se uma conduta criminosa, bem como a discriminação possível dos profissionais de saúde por estarem frente a um caso de overdose, por exemplo, são fatores que contrapõe a ideia de preservação da saúde social.

Cada vez mais, legalizar a produção, o mercado ou comércio, bem como o próprio consumo de absolutamente todas as substâncias psicotrópicas – ou as tidas como ilícitas – se faz o único meio responsável para, primeiro afastar as transgressões a direitos fundamentais do cidadão. É propor e promover a sensível diminuição da violência decorrente dessa ilógica proibição estatal, é dar controle acerca do que poderá ser produzido, como será consumido e distribuído. O Estado assumirá o papel de regulador desta nova dinâmica, preservando excelente parcela do erário e o alimentando de acordo com a tributação que entender pertinente a cada movimentação lícita. É expandir o debate – bem como o horizonte – de uma sociedade sedenta por sangue e punição, que não consegue enxergar a inviabilidade desta dinâmica para a garantia do bem estar de todos. Legalizar é dar coerência ao discurso da proteção da saúde geral, quebrando o paradoxal resultado obtido com a proibição, permitindo que os indivíduos-usuários utilizem as substâncias que lhe aprazem com o menor risco possível para sua saúde.

5 A AÇÃO 635.659, A POSSÍVEL DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DA MACONHA E SEUS REFLEXOS

A proximidade do julgamento do RE de nº. 635.659 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto de análise refere-se à (in)constitucionalidade do art. 28 da atual Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), reacende a importância do debate acerca da problemática do consumo de drogas.

O Recurso Extraordinário *sub judice* foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra decisão colegiada que manteve a condenação imposta pela 2ª Vara Criminal do Fórum de Diadema, obrigando o réu Francisco Benedito de Souza a cumprir dois meses de serviços comunitários por portar 03 gramas de cannabis sativa, popularmente conhecida como maconha.

Francisco fora flagrado com a supradita substância dentro do Centro de Detenção Provisória de Diadema. Assumiu ser o proprietário das 03 gramas de maconha, especificando, para tanto, a sua finalidade para o consumo pessoal. Foi o suficiente, portanto, para ser merecedor da correspondente sanção prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 – prestação de serviços à comunidade.

A Defesa Pública sustenta a inconstitucionalidade do repisado art. 28 da Lei de Drogas ao entender que o referido dispositivo viola o art. 5º, inc. X, da Carta Magna de 1988, que garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, a honra e imagem das pessoas.

O Relator da demanda, o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu em seu voto a inconstitucionalidade do art. 28, sem redução de texto, indicando a adoção da sua “administrativização”, afirmando, ainda, a presunção de consumo pessoal - com exceção de concreto indício de mercancia ou traficância -, além da obrigatória realização de audiência de custódia para os casos de flagrante pelo crime de tráfico (art. 33), cuja finalidade seria a avaliação da necessidade de custódia cautelar, de modo a afastar qualquer excesso por parte do judiciário.

Por seu turno, após pedido de vistas, o Ministro Edson Facchin também votou pela inconstitucionalidade do art. 28, sem redução de texto, entretanto, exclusivamente em relação à maconha. Luís Roberto Barroso, na sequência, limitou-

se a abordar a descriminalização em relação à maconha (reconhecendo, portanto, a inconstitucionalidade do art. 28), inclusive sugerindo critérios objetivos para diferenciação entre usuário e traficante – a exemplo do limite máximo permitido de quantidade para posse de 25g de maconha, o que, ressalva, seria algo meramente referencial, não obstante a deliberação por parte do julgador, no caso concreto, de considerar para uso quantidade de entorpecente superior à indicada, nem deixar de reconhecer o tráfico em valor inferior ao referencial, desde que, nesta última hipótese, suporte um maior ônus argumentativo. Atualmente, o julgamento permanece suspenso por conta do pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki.

No contexto acima apresentado, dos votos e seus fundamentos, já se percebe, sem maiores esforços interpretativos, a percepção por parte dos eminentes ministros acerca da problemática da drogadição. Pelo exposto em cada voto, um ponto de convergência parece aflorar: o consumo de drogas, mesmo que tocante exclusivamente à cannabis, não deve ser fator propulsor para a atuação do Direito Penal e seus sistemas de segregação social. Ponderam os dignos julgadores, além da imprecisão peculiar da atual lei de drogas, o enfoque que deve ser dado a partir de uma interpretação da própria Carta Magna – e não o contrário.

Na perspectiva do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, o pensamento acerca de uma política não penal, mais libertária e alternativa emerge, mesmo que de forma embrionária, para uma discussão mais racional e que agregue menos violência à sociedade. O então Relator propõe medidas administrativas com alternativa mais eficaz e garantidora do cumprimento de preceitos fundamentais como a vida privada do agente. Veja-se (O MAGISTRAL VOTO...; 2015):

Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal. O relator diz também que a prevenção do uso indevido de drogas, um dos objetivos do Sisnad pode ser “alcançada, com maior eficácia, por meio de um vasto leque de medidas administrativas. Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade”. Finalmente, o voto afirma a incompatibilidade entre a Constituição da

República e o art. 28 da Lei 11.343/06: “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 desqualificados 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.

Muito embora o debate ainda careça de amadurecimento ainda no tocante a diversos aspectos rumo à legalização, a Ação Penal 635.659 já se revela, de algum modo, como um divisor de águas, a faísca necessária para ampliar o espectro de possibilidades de combate ao tráfico de drogas, bem como para a promoção e proteção da saúde pública.

O primeiro passo adotado, até então, pela Corte Suprema pode alcançar melhores resultados a partir da assunção de outras posturas libertárias e menos sancionatórias. A legalização da posse de maconha para o consumo próprio talvez seja, com o perdão da comicidade, a porta de entrada para novos ideais e estratégias para a problemática das substâncias entorpecentes ilícitas. Mais uma vez, ao socorro do intelecto de Maria Lúcia Karam (KARAM; 2009, p. 58), a busca da legalidade perpassaria, primeiramente, na revogação das convenções realizadas pela Organização das Nações Unidas, com nítida essência proibicionista para, a posteriori, revogar as disposições internas (KARAM; 2009, p. 58):

Utilizando-se as vias cabíveis no plano da jurisdição internacional, há de se buscar, portanto, a declaração de invalidade (ou de ineficácia) – e, portanto, a inaplicabilidade das Convenções das Nações Unidas em matéria de drogas que, como exposto, diretamente conflitam com princípios garantidores expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Analogamente, no plano interno de cada Estado, devem ser utilizadas as vias jurisdicionais cabíveis para buscar a declaração de invalidade (ou de ineficácia) – e, portanto, a

inaplicabilidade – de todos os inúmeros dispositivos constantes das legislações em matéria de drogas que diretamente conflitam com os princípios garantidores expressos naqueles diplomas internacionais, nas declarações de direitos de âmbito regional e em suas constituições.

Então, após a erradicação da ideologia proibicionista positivada no ordenamento pátrio, deverá do Estado elaborar o mecanismo da legalização através da regulamentação produção, distribuição e consumo das substâncias entorpecentes de todas as ordens, de modo bastante semelhante ao que ocorre com o álcool e o cigarro. Por óbvio, o Estado também deverá adotar as medidas que se adequem ao tipo de droga, suas concentrações e riscos, de modo a não criar um sistema de incentivo, mas, ao contrário, de desestímulo. É como pensa Karam (KARAM; 2009, p. 58):

É preciso efetivamente legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, regulando-se tais atividades com a instituição de formas de controle racionais, verdadeiramente compromissadas com a promoção da saúde, respeitadas da dignidade e do bem-estar de todos os indivíduos, livres da danosa intervenção do sistema penal

E não se diga, para tanto, que a sistemática legalizadora conduziria a sociedade ao caos ou, a uma “permissividade” desenfreada, ideia muito comum dos defensores do proibicionismo. Não é consequência lógica, linear, que a descriminalização conduza, obrigatoriamente, ao aumento do consumo de drogas por parte dos indivíduos. Maria Lúcia Karam (KARAM; 2009, p. 61) traz dados importantes nesse sentido:

Aliás, vale mencionar que pesquisa realizada pelo Zogby, nos EUA, em dezembro de 2007, registrou 99% de respostas negativas à indagação sobre se, uma vez legalizadas drogas como cocaína ou heroína, os entrevistados passariam a consumilas, assim se projetando um consumo de tais substâncias em proporções semelhantes às já ocorrentes. Vale também mencionar que, na Holanda, onde o consumo de derivados da cannabis é acessível nos tolerados coffeeshops, o European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction registrou, em 2005, um percentual de apenas 12% de consumidores entre os jovens de 15 a 24 anos. Nos EUA, conforme a pesquisa National Survey on Drug and Health, referente a 2004-2005, esse percentual era de 27,9% de consumidores entre os jovens de 18 a 25 anos

A Ação Penal 635.659, adotando o novel entendimento acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, não resultará na instigação de

novos consumidores de droga. Conforme magistralmente pontuado pelo Relator da demanda, a regulação administrativa da conduta, impondo ao agente consumidor de droga cuidados e/ou sanções extrapenais revela a retirada, num primeiro momento, da sistemática criminal a meros usuários. A problemática não resume-se à droga em si, mas na própria natureza proibitória da lei que, como demonstrado, alastra e retroalimenta um sistema violento e cíclico, gerando exclusão social e seletivismo dos indivíduos a serem encarcerados no Brasil.

6 CONCLUSÃO

O que se pode concluir do trabalho em tela é que a atual política de drogas orientada e importada dos Estados Unidos da América revela-se uma opção falida e desajustada para o combate ao tráfico e ao uso da droga. Além disso, carrega em si mesma uma oculta intenção de etiquetar alvos pré-estabelecidos pelo sistema penal como forma de controle e seletivismo social, consagrando uma ideologia de castas e obedecendo a um conveniente mercado de interesses.

Nesses últimos anos diversos discursos envolvendo a problemática situação das drogas, muitas vezes, inclusive, contraditórios entre si, subsidiaram a criação de estereótipos com a precípua finalidade de infernizar a situação, adotando uma política criminal ao gosto de certas articulações internacionais. Flagrante tal situação quando, ao analisar criticamente o histórico da humanidade, sobretudo aqui no Brasil, razões econômicas e políticas determinaram a distinção das drogas lícitas e ilícitas de acordo com suas próprias conveniências de mercado e de cultura, deixando de lado critérios importantes e sistemáticos como a potencialidade da droga ou seu grau de viciação.

A (ausente/conveniente/incompleta) fundamentação para a proibição descambou no pânico social que hoje vive a sociedade civil. Amargurada com a violência sistemática produzida pela a sobredita ideologia, a mesma sociedade pede pela intervenção penal e das instituições de combate – como as polícias – na ilusória sensação de resolução do problema.

A verdade que deve ser encarada é a de que a droga, por si só, já é um elemento ruim para uma sociedade como um todo. A guerra pautada na proibição acaba sendo deveras pior num contexto onde se mata mais, se prende mais e se aniquila mais direitos dos cidadãos. Fato é que nestes 40 (quarenta) anos de proibição no mundo, o resultado obtido é bem diferente do discurso adotado, com prisões esgotadas em capacidade de presidiários, disseminação das mais diversas doenças e destruição de famílias ao longo deste período.

E nessa perspectiva, a esperança ressurgue quando o judiciário, ainda colaborador das transgressões a direitos e garantias fundamentais do cidadão, apresenta um entendimento que, embora em fase gestacional, reflete uma mudança singela, porém significativa num cenário ainda preservado pelo conservadorismo social. A Ação Penal 635.659 já começa a ser vista como o primeiro passo a ser dado, corroborado pelas ações adotadas em outros países, para a legalização, senão todas as drogas, pelo menos a da maconha.

É dizer, portanto, que, embora a saída para o combate ao consumo de drogas se mostre cada vez mais distante de um desfecho simplesmente perfeito e satisfatório, visto que é utópico, a proibição se revela a pior alternativa possível, falida e sem efetividade, causando danos muito mais graves ao que se apresenta na realidade mundial e muito maiores do que as drogas possam causar. A guerra contra as drogas tem alvo específico que não as próprias: as pessoas. Os comerciantes, consumidores ou produtores previamente selecionados, vulneráveis ao sistema e à margem total das mais elevadas posições sociais.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA DAS DROGAS. Direção: Adam Barton. Produção: Bill Johnston; Ron Lillie. Roteiro: Bryan Carmel. [S.l.]. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mY_C1Z93GUo. Acesso em: 08 ago. 2016.

As ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXIX. Disponível em: «www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1240.htm» Acesso em: 09 ago 2016.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAUJO, Tarso. **Almanaque das Drogas.** São Paulo: Leya, 2012.

AQUINO, Sérgio. **Dilemas, posicionamentos e reflexos sobre os dez anos da Lei de Drogas.** Disponível em <http://emporiododireito.com.br/dilemas-posicionamentos-e-reflexos-sobre-os-dez-anos-da-lei-de-drogas-por-sergio-aquino>; acesso em 12 out. 2016.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Política Criminal com Derramamento de Sangue. In: Discursos Sediciosos.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

BEOLCHI, Ulysses Jr. **História das drogas.** Disponível em: <https://sites.google.com/site/ulyssesbeolchijrdq/drogas-o-que-preciso-saber/historia-das-drogas>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BÍBLIA, Português, Bíblia Sagrada. **Tradução do Centro Bíblico Católico.** 186 Edições, São Paulo: Ed. Ave Maria, Gênesis 9.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 16 ago. 2016.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.) **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARLYLE, Raimundo. **Crime de “Lavagem de Dinheiro”**: Disponível em «<http://carlyle.blog.digi.com.br>». Acesso em: 09 ago. 2016.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil, do discurso de Descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851. **Publicação original: legislação informatizada**: acesso em: «www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899_decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html». Acesso: 09 ago 2016)

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revam, 1990.

FIORE, Mauricio. **A medicalização da questão do uso de drogas no Brasil: Reflexos acerca de debates institucionais e jurídicos**. Em: Venâncio, Carneiro Pinto e Henrique, Álcool e drogas na história do Brasil, - São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2005.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na atualidade: A psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GOMES, Luis Flávio (Coord.), et. al. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão: Comentários à Lei nº 6.368, de 1976, Acompanhados da Legislação Vigente e de Referência e Ementário Jurisprudencial**. 11. ed. atual. São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei de Drogas Comentada: Crimes e Regime Processual Penal**. Curitiba: Juruá. 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas – Escritos sobre a liberdade**. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Leis n. 6.378/76 e 10.409/02: anotadas e interpretadas**. 2.ed. rev. e. ampl. São Paulo. Ed. Saraiva, 2005.

MARQUES, Ednarg Fernandes. **O uso e abuso de drogas: prevenir ou punir?** Revista do Ministério Público do Maranhão, n. 8, p. 81, jan./dez. 2001.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Incoerência da lei nº 10.409/2002**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4135/incoerencias-da-lei-n-10-409-2002/2>. Acesso em 11 ago. 2016

NEVES, Carla Malinowski. **Drogas: uso/abuso/toxicomanias**. In: **CRUZ, Firmo de Oliveira; KIRST, Patrícia Gomes. (Org.). Ampliando Acessos: ensaios sobre a clínica psicológica e redução de danos com dependentes químicos**. Porto Alegre: Cruz Vermelha Brasileira/RS, 2001.

RIGON, Rozimeri Aparecida. **A (des) penalização ou (des) criminalização do consumidor de substâncias entorpecentes frente a legislação penal brasileira**. Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 12, n. 2, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law&economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

TORLONI, Hilário. **Estudo de Problemas Brasileiro: De acordo com as normas e diretrizes oficiais**. 3ª Edição. São Paulo: Pioneira, Brasília, INL, 1973.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.