

**FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU**

**DIREITO**

**Gabriela Nespolo**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: A  
INEXATIDÃO DA REDAÇÃO E INTERPRETAÇÃO ADEQUADA À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

**Bauru  
2020**

**Gabriela Nespolo**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: A  
INEXATIDÃO DA REDAÇÃO E INTERPRETAÇÃO ADEQUADA À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

**Monografia apresentada às  
Faculdades Integradas de Bauru para  
obtenção do título de bacharel em  
Direito, sob a orientação do Professor  
Camilo Stangherlim Ferraresi.**

**Bauru  
2020**

Nespolo, Gabriela

A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006: a inexatidão da redação e interpretação adequada à luz da Constituição Federal. Gabriela Nespolo. Bauru, FIB, 2020.

999f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Camilo Sthangerlim Ferraresi.

Direito Penal. Lei de Drogas. Lei 11.343/2006. Usuário de Drogas. Traficantes. I. Título II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

**Gabriela Nespolo**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: A  
INEXATIDÃO DA REDAÇÃO E INTERPRETAÇÃO ADEQUADA À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

**Monografia apresentada às  
Faculdades Integradas de Bauru para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito,**

**Bauru, 06 de janeiro de 2021**

**Banca Examinadora:**

**Presidente/ Orientador: Dr. Camilo Stangherlim Ferraresi**

**Professor 1: Me. Bazilio Alvarenga Coutinho Junior**

**Professor 2: Me. Tales Manoel Lima Vialogo**

**Bauru  
2020**

**À minha mãe, minha maior inspiração.  
À minha avó Nailda que consegue, no  
alto dos seus 76 anos, me incentivar  
em todos os meus projetos. Com  
carinho a vocês, as bases da minha  
vida e a inspiração dos meus dias.**

## **AGRADECIMENTOS**

Parece clichê, mas em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me sustentado até aqui, por ter me dado sabedoria para chegar onde estou.

Aos meus familiares e amigos, que estão sempre a postos para me ajudar, me dar forças, me incentivar e repetir para mim o quanto sou capaz, por entenderem minha ausência durante esses dias finais de trabalho, minha falta de paciência e minha insegurança.

Aos professores que contribuíram para que eu chegasse até aqui, em especial a Professora Maria Claudia, por ser exemplo da profissional que busco ser, e o Professor Camilo, meu orientador e um dos maiores incentivadores que tive durante esse ano difícil e atípico.

Grata àqueles que defendem, como se fosse para eles, o programa social do qual sou beneficiária com orgulho. Grata ao ProUni por me permitir fazer parte do corpo discente das Faculdades Integradas de Bauru.

*“A injustiça em qualquer lugar é uma  
ameaça à justiça por toda parte”*

*(Martin Luther King)*

NESPOLO, Gabriela. **A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006: a inexatidão da redação e interpretação adequada à luz da Constituição Federal.** 2020 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objeto analisar a aplicação da legislação brasileira em relação as drogas consideradas ilícitas no país e do tratamento dado aos usuários e traficantes destas. Inicialmente, apresenta-se a história mundial do proibicionismo e as interferências realizadas pelos Estados Unidos desde o início do século passado. A seguir, passa-se a estudar a proibição de drogas no Brasil, bem como a produção legislativa até à lei atual, n. 11.343/2006, trazendo a diferenciação teórica dos usuários e traficantes de acordo com este dispositivo legal; também demonstra que na prática, essa diferenciação por vezes não ocorre, e acaba encarcerando usuários enquanto que a lei tinha o intuito de coloca-los no sistema de saúde. Por fim, conclui-se que a norma, por si só, afronta à Constituição, carecendo da objetividade necessária em seu §2º, bem como é aplicada de forma a contrariar a Constituição Federal e a vontade expressa pelo legislador em seu processo de criação e aprovação.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Lei de Drogas. Lei 11.343/2006. Usuário de Drogas. Traficantes.



NESPOLO, Gabriela. **A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006: a inexatidão da redação e interpretação adequada à luz da Constituição Federal.** 2020 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

### **ABSTRACT**

The present term paper has as a purpose analyzing the application of the Brazilian legislation in relation to drugs that are considered illicit in the country and the treatment given to its users and dealers. Initially, it is presented the world's history of prohibitionism and the interferences made by the United States since the beginning of the last century. Hereafter, it is studied the prohibition of drugs in Brazil as well as the legislative production till the actual law, n<sup>o</sup> 11.343/2006, bringing the theoretical differentiation of drugs users and dealers as regards to this legal device; also proving that in the practice, this differentiation sometimes doesn't happen, and ends up imprisoning drugs users when the actual law has the intention to put them on the health system. Finally, it is concluded that the standard, by itself, outrages the Constitution, lacking the objectivity needed in its §2<sup>o</sup>, such as how it is applied in a way that contradicts the Federal Constitution and the will expressed by the legislator in its process of creation and approval.

**Keywords:** Criminal Law. Drug Law. Law 11.343/2006. Drug User. Drug Dealer.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>POLÍTICA ANTIDROGAS E A NORMA PENAL INCRIMINADORA</b>	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>O histórico da proibição de drogas</b>	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>A história do proibicionismo no Brasil</b>	<b>28</b>
<b>3</b>	<b>O PROCESSO HERMENÊUTICO DE CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO POSITIVO</b>	<b>32</b>
<b>3.1</b>	<b>Contexto da elaboração da Lei 11.343/2006</b>	<b>32</b>
<b>3.2</b>	<b>Atribuição de sentido – art. 28 e 33 (doutrina e jurisprudência)</b>	<b>35</b>
<b>4</b>	<b>A POSSIBILIDADE DE UMA DECISÃO JURÍDICA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 28.</b>	<b>43</b>
<b>4.1</b>	<b>Aspectos da (in)constitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006</b>	<b>43</b>
<b>4.2</b>	<b>A interpretação conforme a Constituição para adequada aplicação da norma jurídica.</b>	<b>48</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>52</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	
	<b>APÊNDICES</b>	
	<b>ANEXOS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, com pesquisa em livros, artigos e outros trabalhos da área, bem como em sites especializados, responder, prioritariamente sobre a possível inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que trata dos usuários de drogas e as penas para eles previstas, bem como se referida lei é aplicada de maneira correta e coerente com suas razões de elaboração expostas no processo legislativo, e se em consonância com os princípios constitucionais.

O tema se torna de extrema importância, tanto social quanto jurídica, quando se analisam os dados acerca do encarceramento brasileiro; a Nova Lei de Drogas, elaborada com fim de despenalizar o usuário, retirando-o do âmbito penal e jogando-o para o sistema de saúde, é responsável por uma grande parcela dos presos em território nacional, ultrapassando a metade quando se analisa apenas o número de mulheres encarceradas (INFOPEN, jun/2019), isso ocorre devido à prisão de usuários como se traficantes fossem. Deve-se ressaltar, portanto, as penas elevadas cominadas aos condenados com incurso no art. 33 da Lei: de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, além de se tratar de crime inafiançável, insuscetível de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. A condenação não pode ser convertida em restritiva de direitos, e para o livramento condicional exige-se o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena. Enquanto os usuários estão sujeitos apenas à prestação de serviços a comunidade, advertência acerca dos efeitos das drogas, medida educativa de comparecimento a programa ou curso; podendo chegar, em caso de descumprimento, a pena de admoestação verbal ou multa.

Torna-se urgente que se dê meios para diferenciação efetiva de usuários e traficantes. Enquanto não, os presídios ficarão abarrotados, os usuários serão punidos pelo consumo de uma substância nociva apenas a ele – como o álcool e o tabaco, e as intenções apresentadas quando da elaboração da lei nunca sairão do papel.

Para responder a esses questionamentos, esta monografia se divide em três capítulos, trazendo desde o histórico do proibicionismo no mundo e no Brasil, originando a Guerra às Drogas como conhecida hoje; passando pela elaboração da atual Lei de Drogas brasileira e as interpretações dadas aos seus artigos 28 e 33

pela doutrina e jurisprudência brasileiras; finalizando com a apresentação dos pontos de inconstitucionalidade do art. 28 e o estudo da interpretação conforme à Constituição Federal para a adequada aplicação desta norma.

O primeiro capítulo, de nome “A política antidrogas e a norma penal incriminadora” mostra os caminhos traçados pela política antidrogas desde o século XVII, na China, com a proibição do fumo do tabaco, até os dias mais recentes. A história é ambientada no mundo e no Brasil, em específico, ressaltando a forma com que os Estados Unidos da América sempre lideraram as outras nações na definição dos produtos a serem ou não proibidos, bem como das penas previstas e outros aspectos que envolvem o que hoje se conhece por Guerra às Drogas. Foram os primeiros a propor um acordo internacional sobre as drogas, resultando na Conferência de Xangai em 1909, e desde este primeiro encontro, já haviam escancarado que seus interesses eram comerciais e políticos, pouco importando as comprovações científicas acerca dos produtos discutidos. Este primeiro capítulo demonstra também como a proibição de drogas, por vezes, age com a finalidade de tirar de circulação grupos indesejados; e como a mídia serviu aos poderosos para propagar o que era necessário para que os abusos proibicionistas se concretizassem.

É evidenciado também que o Brasil sempre foi do grupo de países que acatava aos demandas das outras nações líderes. Teve, desde o início, leis duras para com os usuários e traficantes, e sempre ratificou as convenções que ocorriam no mundo, mesmo que de substâncias não encontradas em solo brasileiro.

O próximo capítulo do trabalho, intitulado “O processo hermenêutico de construção jurídica de sentido da interpretação do direito positivo” traz em discussão o projeto de lei que se tornaria a Lei nº 11.343/2006, aprovado no Congresso Nacional para que se atendesse ao clamor da sociedade à época. No segundo item do capítulo é tratada a questão da aplicação da lei nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da Comarca de Bauru, bem como analisadas outras decisões trazidas em livros pesquisados. Por fim, também se faz a análise acerca do entendimento da doutrina.

O terceiro e último capítulo do trabalho “A possibilidade de uma decisão jurídica adequada à Constituição para a aplicação do artigo 28” analisa aspectos de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, inclusive constantes de Recurso

Extraordinário de relatoria do Ministro Gilmar Mendes – RE nº 635.659/SP. A pesquisa escancara a falta de objetividade da norma e especifica os problemas, no decorrer dos parágrafos, que podem ser causados por esta.

Por fim, no segundo tópico deste último capítulo, o trabalho apresenta uma pesquisa acerca da interpretação e aplicação em conformidade com a Constituição Federal. O principal deste capítulo é o chamado princípio da interpretação (das leis) conforme a constituição, que decorre do princípio da supremacia da CF, e faz com que seja apresentada num caso concreto a interpretação e aplicação mais constitucionalmente adequada.

## **2 POLÍTICA ANTIDROGAS E A NORMA PENAL INCRIMINADORA**

O capítulo que se inicia demonstra o caminho que foi percorrido durante os anos para que se chegasse à atual lei de drogas brasileira e à guerra às drogas como vista e conhecida hoje. As proibições foram gradativas, comandadas desde os primórdios mais por interesses comerciais e políticos, que por comprovações científicas. Essas proibições sem estudos antecedentes, apenas adiam os problemas que se desejam evitar com elas.

Anos após a pioneira proibição, iniciaram-se, a pedido dos Estados Unidos da América, os encontros para que se buscassem acordos internacionais acerca do tema drogas. O primeiro ficou conhecido como Conferência de Xangai, em 1909; em 1911, Convenção Internacional do Ópio; entre 1924 e 1925, Conferência Internacional de Genebra; Convenção para Limitar a Manufatura e Regular a Distribuição de Narcóticos, 1931; cinco anos mais tarde, em 1936 ocorreu A Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, que encerrou a era pré ONU. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, os acordos continuaram, e em 1961 ocorreu a Convenção Única sobre Entorpecentes; no início da próxima década, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas; e, em 1988 a Convenção de Viena – estas três formam a tríade da base do sistema proibitivo atual.

O Brasil nunca esteve em posição de exigências quando se trata de drogas, sempre acatou as ordens dos Estados Unidos, iniciando sua política de repressão logo após a assinatura do Protocolo Suplementar de Assinaturas das Potências não Representadas na Conferência de Haia, em 1912, promulgando esta em 1915, através do Decreto n. 11.481. A partir de então, o Brasil passou a seguir os passos estadunidenses no controle e repressão das substâncias ilegais, caminhando para o que hoje se apresenta como a Lei 11.343/2006: diversos verbos de ação dedicados ao tráfico e altas penas para os criminosos.

## 2.1 O histórico da proibição de drogas

A primeira prática relacionada à proibição de drogas de que se tem notícia foi contra o fumo do tabaco no século XVII, na China, sendo a pena para quem infringisse à proibição a decapitação (VALOIS, 2019) - desde os tempos remotos, as penas para os delitos que envolvem drogas são desproporcionais. Por conta desta pioneira proibição, o ato de fumar tabaco deu lugar ao de fumar ópio, substância que já era consumida pelos locais, que a comiam ou bebiam - formas menos prejudiciais à saúde (ARAUJO, 2012).

Como pontua Feiling (2009, apud VALOIS, 2019), esta mudança de produto a ser consumido retrata um dos grandes problemas da proibição: o efeito balão, que escancara o fracasso da proibição como base da Guerra às Drogas, porque apenas transfere os prejuízos para outros locais e outras pessoas - talvez adiando um agravante certo de acontecer. É como se os balões estivessem interligados e quando se esvazia um de problemas, se enche outro de maneira automática, com os mesmos problemas que se queria evitar esvaziando o primeiro.

Prova este efeito balão o fato de no próximo século a China ter proibido também o ópio. O Imperador à época justificou a proibição alegando que a maior importação do produto da Companhia das Índias Orientais, que pertencia a Inglaterra, estava desequilibrando a balança comercial chinesa; e no mesmo episódio proibiu também o plantio da papoula – planta de nome científico *papaver somniferum* de onde se extraí a resina chamada ópio (ARAUJO, 2012).

A medida tomada pelo governo chinês não inibiu o comércio, e a Companhia Britânica das Índias Orientais se aliou a empresários para burlar o sistema de fiscalização chinês, contando, inclusive com a corrupção dos agentes chineses no tráfico do ópio (VALOIS, 2019). Em 1838, em tentativa de conter a entrada da droga em território chinês, o Governo enrijeceu a fiscalização e passou a fazer vultuosas apreensões, além de determinar o fechamento de portos (BOITEUX, 2006, apud VALOIS, 2019).

Por conta dessas medidas, a Inglaterra resolveu impor a venda ao país através da guerra – e as Guerras do Ópio aconteceram entre os anos de 1839 e 1840 e de 1856 a 1860 (VALOIS, 2019).

Como explica Luis Carlos Valois (2019), assim como ocorre nos dias de hoje, a guerra estimulou o consumo: a proibição torna o produto mais valioso, o que faz com que a procura por ele aumente, devendo também aumentar a produção, e com isso diminuir o valor, ficando ainda mais acessível. Esse quadro apenas se alterou quando, a partir de 1880, se transformou esta política proibitiva na China. O novo imperador colocou em prática programas de informação pública, além de oferecer atendimento aos casos agudos relacionados ao uso de drogas (VALOIS, 2019).

Durante os tempos de Guerras do Ópio, os Estados Unidos da América transportavam a droga para a China (McALLISTER, 2000, apud VALOIS, 2019). E apesar dessa participação secundária no tráfico de ópio no século XIX, por conta de suas ações missionárias que já buscavam a supressão do uso e comércio da droga nas Filipinas, a Nação norte americana propôs, entre 1906 e 1907, um acordo internacional sobre a questão do ópio: este visava a livre ação dos missionários que já trabalhavam em busca do fim do uso e comércio de drogas. Inclusive, foi proposto e defendido por Charles Henry Brent – um ministro anglicano proibicionista que habitava as Filipinas e viria se tornar um grande nome contra as substâncias eleitas como ilícitas (VALOIS, 2019).

Essa tentativa de acordo internacional, liderada pelos Estados Unidos, resultou na Conferência de Xangai em 1909. Presidida pelo próprio Brent, acompanhado de um médico chamado Hamilton Wright, especialista em doenças tropicais e um entusiasta do proibicionismo (VALOIS, 2019).

Este último era casado com a filha de um senador americano, e foi enviado à Xangai após realizar pesquisas por conta própria sobre o ópio, buscando se convencer de que era um grande problema e assim conseguir o apoio dos superiores; vale ressaltar que essas pesquisas sequer tinham caráter científico – Wright chegou a concluir que o consumo de ópio crescia nos EUA, enquanto que verdadeiramente ocorria o contrário na época (VALOIS, 2019). No entanto, como bem pontua Valois (2019), os interesses reais do país norte americano eram comerciais e políticos, visavam diminuir o poder da Inglaterra enquanto aumentavam o seu, portanto, estas pesquisas sem qualquer fundo científico foram aceitas e o médico foi enviado à Conferência.

Havia interesses divergentes nesta primeira reunião: EUA buscando controle rígido das drogas em geral e a Inglaterra almejando um controle brando em relação



ao ópio, e rígido em relação a morfina e cocaína – produzidas por laboratórios alemães (VALOIS, 2019).

As resoluções dessa primeira Conferência foram assinadas apenas por Brent, porém, serviram de base para as Convenções que se seguiram. Os representantes levaram para seus Estados apenas recomendações acerca do assunto (LOWES, 1981 apud VALOIS, 2019).

Em setembro do mesmo ano já se falava em um novo encontro e dessa vez os membros deveriam ter poder plenipotenciário, isto é, poder de assinar tratado representando seu Estado. Havia até itens definidos para a próxima discussão, como “controle nacional uniforme e regulação penal; comunicação recíproca sobre importação e exportação de ópio; e direito recíproco a revistar embarcações suspeitas de transportar contrabando de ópio” (LOWES, 1981 apud VALOIS, 2019).

Este novo encontro, que ficou conhecido como Convenção Internacional do Ópio (INCB, 2011), aconteceu em Haia, em 1º de dezembro de 1911, e novamente foi presidido pelo Bispo Brent. Apesar dos esforços empreendidos por Brent e os Estados Unidos, ainda havia a Grã-Bretanha, França e Pérsia – que lucravam com o comércio do ópio, e a Alemanha – que contava com uma indústria química promissora, sendo líder mundial na exportação de cocaína e morfina, como fortes opositores ao controle internacional proposto em Haia (VALOIS, 2019).

Além dos países supracitados, Portugal, que usufruía de ganhos através de sua Colônia em Macau, sugeriu que a Convenção só seria válida se todos os signatários a cumprisse (McALLISTER, 2000, apud Valois, 2019), com isso, transformou-a em texto morto.

Mesmo com pouca validade teórica, este encontro teve grande valor simbólico: Brent e Wright anunciaram que as medidas para controle doméstico de narcóticos haviam sido aprovadas e assim puderam iniciar a proibição em seu território – que ainda não contava com qualquer legislação federal que regulasse o assunto drogas (VALOIS, 2019).

Apesar da grande contribuição para política antidroga norte americana, os esforços no interior do país, pelos estados e cidades já haviam começado há anos: Em 1875 São Francisco foi a primeira cidade a proibir o fumo do ópio; e em 1887 o estado da Califórnia proibiu a importação de ópio pelos chineses que ali residiam

(VALOIS, 2019). Esses chineses eram vistos como ameaça, não pela importação do ópio, sim porque eram mão de obra excedente, se tornando concorrentes dos trabalhadores estadunidenses. A xenofobia escancarada resultou na proibição da substância (JAY, 2011 apud VALOIS, 2019).

As campanhas antifumo da época diziam que esse hábito chinês estava levando os norte-americanos, principalmente mulheres, para o vício e a miscigenação (JAY, 2011 apud VALOIS, 2019). Samuel Gomper, um sindicalista da época, foi além e pregava a exclusão dos chineses por meio da força das armas, caso as leis não fossem o suficiente, ele dizia que os chineses induziam as crianças a se tornarem *opium fiends* – demônios opiomaníacos (ESCOHOTADO, 2008 apud VALOIS, 2019).

Esta mesma técnica de estereotipar grupos inferiores que ameaçam, de qualquer forma, a ordem das classes ditas superiores, já havia sido usada em Maine, em 1851, com a proibição do álcool: eles alegavam que os socialmente inferiores eram agressivos quando bêbados e podiam ficar fora de controle (PROVINE, 2007 apud VALOIS, 2019).

Como demonstrado, os esforços para a propagação do proibicionismo nos Estados Unidos já datavam de décadas antes de Xangai e Haia, no entanto, foi após a Convenção Internacional do Ópio que Wright, usando da força de suas ideias que estavam sendo amplamente divulgadas no país, e – mais uma vez – do preconceito norte americano, principalmente dos estados do Sul do país, propôs que enfim fosse criada uma legislação federal acerca da proibição de drogas – no caso, a cocaína. Wright percebeu o uso da substância por parte dos negros do sul, sem que qualquer pesquisa apontasse para um consumo maior entre eles em detrimento de outras classes, e a apontou como incentivo para os crimes de estupro cometidos pelos negros (GRAY, 1998 apud VALOIS, 2019)

Sua ideia tomou grandes proporções e “entre os senadores do Sul passava a correr um boato de que os negros esqueciam os seus lugares e transformavam-se em zumbis poderosos com o uso da cocaína (...)” (VALOIS, 2019). Wright quem escreveu o esboço da primeira legislação proibitiva federal dos Estados Unidos, a *Harrison Act*, de dezembro de 1914 – ancorado em uma Convenção de letra morta e no racismo dos estados do sul. Após sua promulgação, nascia o mercado clandestino das drogas (ESCOHOTADO, 2008 apud VALOIS, 2019) e pouco tempo

depois, o controle excessivo – antes das prisões, dos profissionais autorizados a receitar os derivados do ópio e da folha de coca (VALOIS, 2019).

Kriefer (2012, p. 314) explica o que acontece após:

O resultado desse estado de coisas não é difícil imaginar. Os médicos passaram a ter medo de continuar receitando as drogas e os usuários iam buscá-las no mercado clandestino, tornando as substâncias mais caras e o tráfico mais vantajoso para o comerciante ilegal. Ao mesmo tempo os fiscais-policiais do governo ficaram mais vulneráveis à 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 (apud VALOIS, 2019)

Além dos pontos citados, o sistema carcerário também sentiu a entrada em vigor da *Harrison Act*: após 12 anos da lei havia, no mínimo, 25 mil médicos presos sob acusação de venda ilegal de drogas; a lei pensada inicialmente como meio de controle do uso de drogas por parte dos profissionais da área da saúde acabou transformando-se em fundamento para ação policial do governo – com o tempo, ratificada pelos Tribunais (VALOIS, 2019).

Nota-se que as drogas arbitrariamente proibidas atualmente não conquistaram esse status da noite para o dia, o processo foi lento e desenvolvido anos a fio. Da mesma forma o tráfico não se tornou ilegal de repente – o comércio em si sempre existiu, precede às leis, e foi com o tempo, segundo Valois (2019), após muitos distúrbios, mentiras científicas e interesses políticos e pessoais, que se tornou o que hoje conhecemos como um dos crimes de maior relevância no mundo. Todo esse processo, esclarece o juiz brasileiro, ocorreu durante o século XIX e foi comandado pelos Estados Unidos da América. Ainda completa:

O tráfico de drogas, diferentemente da concepção aceita sem muito debate sobre essas substâncias, e a forma de tratar esse fenômeno, já existia um período muito anterior, como temos observado. A lei penal tida como única solução para se abordar o comércio de drogas não foi criada após o surgimento do tráfico de drogas, esse já se desenvolvia em período bem anterior, mas fez nascer o tráfico ilegal e o crime organizado respectivo, pois, como qualquer comércio, o de drogas requer o mínimo de organização, seja ela legalmente controlada ou não.

O primeiro cartel de drogas dos EUA após a Lei de Harrison foi de Arndt Rothstein, criado em menos de 10 anos de sua promulgação, tendo sua base de

negócios na Holanda (VALOIS, 2019). Segundo Douglas Valentine (2004, apud VALOIS, 2019) Rothstein esperou que a repressão contra os médicos que prescreviam as drogas legalmente aumentasse e diminuísse esse comércio legal e regulamentado, para que o comércio ilegal se tornasse mais lucrativo.

Rothstein foi morto em 06 de novembro de 1928 e seu cartel desmantelado. Por conta de sua morte, autoridades declararam que as investigações indicavam que algumas companhias europeias estariam violando a Convenção de Haia – surgindo, neste momento, o tráfico ilegal de drogas pela Europa (VALENTINE, 2004 apud VALOIS, 2019), bem como iniciou o padrão norte americano de sempre vincular a falha da guerra às drogas ao comércio internacional, buscando sempre meios de manter a guerra no exterior, enquanto finge não ver seu grande mercado consumidor (VALOIS, 2019).

Algumas coisas viram padrão na história da falida Guerra às Drogas, como por exemplo o envolvimento de pessoas públicas que lutam contra as drogas. Nas investigações que levaram a cabo o Cartel de Rothstein, havia documentos que envolviam a família do Coronel Nutt e a Divisão de Narcóticos, chefiada por ele – seu filho e genro estavam na lista de pagamentos do Cartel. Em 1930 Nutt foi afastado de suas funções e rebaixado para o Departamento de Syracuse – mesmo que o Grande Júri de Nova York tenha entendido que não havia evidências de seu envolvimento, bem como do restante da Divisão de Narcóticos (PIETRUSZA, 2011 apud VALOIS, 2019). No mesmo ano, substituindo esta Divisão, foi criado o Departamento Federal de Narcóticos – FBN (Federal Bureau of Narcotic).

Quem assumiu este novo órgão repressor foi Harry Anslinger que já exercia há anos diversos cargos públicos, inclusive vinculado ao combate às bebidas alcoólicas traficadas para os Estados Unidos (HEAD; WOLCOTT, 2010 apud VALOIS, 2019) – estiveram proibidas entre 1920 e 1933. Ele acreditava que a proibição funcionaria se as penas fossem mais rigorosas, inclusive para os usuários (FILLAN, 2011 apud VALOIS 2019). Como conclui Valois (2019), Anslinger levou esse pensamento para o campo das outras drogas consideradas ilícitas pelo Governo Estadunidense.

Quando decretado o fim da Lei Seca – como conhecida a legislação que proibiu o álcool nos EUA, Anslinger teve de mudar seu ramo, assim como os

traficantes de álcool – partiram, então, em busca de novas drogas, o primeiro para proibir e os segundos para comercializar (VALOIS, 2019).

A proibição de outra droga discricionariamente determinada seria mais fácil: não era de uso frequente da elite, muito menos contava com grupos organizados na sociedade para sua defesa. Isso deixaria o caminho mais fácil para os arbítrios proibicionistas de Anslinger (VALOIS, 2019). A vilã escolhida foi a maconha, extraída de uma planta de nome “*cannabis sativa*” (ARAUJO, 2012) e muito utilizada pelos imigrantes mexicanos que vieram para o país nos anos 1920. No fim da década houve a grande Depressão e esta mão de obra estrangeira passou a ser indesejada, seus hábitos viraram foco de hostilidade – da mesma maneira como foi feito com os chineses anteriormente (VALOIS, 2019).

A nova droga alvo do FBN passou a ser a causa de diversas violências, assim como fizeram antes com o ópio: o presidente do órgão divulgou, entre 1936 e 1937, que um viciado em maconha, chamado Victor Licata, havia matado toda sua família na Florida com um machado, e foi encontrado cambaleando com o machado em meio a carnificina, não recordando do que havia acontecido. Victor confessou que tinha o hábito de fumar “*muggles*” – um dos nomes dado à maconha – com os amigos, e esta informação foi o suficiente para que tenha sido formada a história (GRAY, 1998 apud VALOIS, 2019). No entanto, esqueceu-se de informar à mídia da época que Victor havia sido diagnosticado como mentalmente instável (VALOIS, 2019).

Este é apenas um dos exemplos usados pelo Departamento na pessoa de seu presidente. Eram poucos os estudos realizados por eles, então usavam dessas histórias, ancoradas na boa oratória de Anslinger, para convencer de que a maconha, no caso, era uma droga digna de proibição.

Antes disto, em um contexto mundial, após o fim da primeira grande guerra, em 1918, a questão das drogas chegou a ser incluída no tratado de paz firmado entre as Nações, o Tratado de Versalhes (VALOIS, 2019). Viam a necessidade da criação de uma ordem legal para o mundo acerca do tema e este acabou por se misturar com temas verdadeiramente de Direitos Humanos, e criou-se, a partir daí a imprescindibilidade de seu tratamento como problema internacional. Aconteceu, aqui a institucionalização do assunto. O tema, como em outras oportunidades, foi pouco

discutido e acabou sendo incluído sem maiores explicações; constou do artigo 295, como assinatura ou ratificação da Convenção de Haia (VALOIS, 2019).

Apesar de determinado no Tratado, os ideais ratificados em Versalhes não foram postos em prática de maneira efetiva: Alemanha, derrotada na Guerra, foi aos poucos recuperando sua indústria farmacêutica, e França passou a explorar sua possessão da Indochina com os lucros advindos da venda do ópio.

Em 1920 também se criou a estrutura burocrática da Liga das Nações para o controle internacional do tráfico de drogas: o Comitê Consultivo sobre Tráfico de Ópio e outras Drogas Perigosas (*Advisory Committee on the Traffic in Opium and Other Dangerous Drugs*), conhecido como Comitê Consultivo sobre o Ópio (LOWES, 1981 apud VALOIS, 2019); sendo seus membros: China, França, Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Japão, Portugal e Sião; Estados Unidos tinham apenas capacidade consultiva (VALOIS, 2019).

Este último país, a par de todas as negociações desde os primórdios, acreditava que a solução para o tráfico era a produção reduzida de drogas, a fim de atender apenas uso médico e científico (CHATTERJEE, 1981 apud VALOIS, 2019) isto é, o problema não é a demanda – principalmente de seu mercado interno, o maior do mundo – e sim a oferta.

O líder do Congresso Americano no tocante às drogas, Steplhe G. Porter, que se sentia apto a discutir o assunto por conta de dois anos de treinamento médico que recebera, desejava que os EUA adotassem uma postura mais rígida quanto à negociação internacional, sendo assim, os delegados não deveriam ser enviados às reuniões sem antes terem sido orientados, isso é, impossibilitados previamente de realizar qualquer diálogo (VALOIS, 2019).

Aprovada sua resolução, McALLISTER (2000 apud VALOIS, 2019) explica que as delegações norte-americanas não poderiam assinar nenhum acordo que não “(1) reconhecesse o princípio de limitação para uso médico ou científico e (2) controle da produção das matérias brutas”. Os rumores de nova Convenção para que se avançasse sobre as deliberações de Haia surgiram quando, em 1923, o congressista americano tentou impor sua própria resolução aos outros participantes de uma reunião no Comitê da Liga das Nações, o qual não obteve sucesso; houve então uma nova Convenção, o primeiro encontro após a criação da Liga das

Nações, entre os anos de 1924 e 1925: dois encontros que ficaram conhecidos como Conferência Internacional de Genebra (VALOIS, 2019).

A primeira reunião foi para tratar do comércio de ópio na Ásia. Mesmo sem ser convidado, EUA estava presente como observador (JENNINGS, 1997 apud VALOIS, 2019). Foi uma reunião específica para os Estados que estavam implicados no assunto, com decisões pouco (ou nada) coercitivas. No segundo encontro estavam presentes 41 governos (TAYLOR, 1969 apud VALOIS, 2019) e muitos deles continuavam defendendo seus interesses comerciais. Foi durante a quinta reunião deste segundo encontro, que o delegado do Egito, o médico Mohamed Abdel Salam El Guindy, mencionou pela primeira vez a necessidade de se proibir a maconha, sendo apoiado por outras delegações, inclusive a dos Estados Unidos. A planta não era assunto nos debates, nem havia estudos sobre o tema, mesmo assim, foi incluída entre as drogas a se proibir internacionalmente (VALOIS, 2019).

O assunto passou para o Subcomitê F, que contava com um brasileiro, Dr. Pedro Pernambuco Filho, que havia dito que “a maconha é mais perigosa que o ópio” (BARROS; PERES, 2008 apud VALOIS, 2019), contrariando o brasileiro presente, a decisão do subcomitê foi de que o uso da maconha e seus derivados poderiam ser autorizados para uso médico ou científico, ficando proibida apenas a resina – que é extraída de pés fêmeas, e permite as diversas formas do uso recreativo da planta.

Diante dos inúmeros embates, e várias barreiras impostas pelos outros países por motivos econômicos, a delegação dos Estados Unidos abandonou a Convenção antes do fim, e passou a pressionar os países para que não assinassem a Convenção. Bewley-Taylor (2001, apud VALOIS, 2019) esclarece o desejo estadunidense de controlar totalmente as drogas: não era moral e sim econômico. As indústrias farmacêuticas norte americanas cresciam e não podiam perder ganhos para o tráfico internacional.

Ao fim da Convenção de Genebra, além daquelas previstas em Haia, passam ao controle internacional a maconha, a folha de coca, a cocaína pura e a ecgonina (alcaloide derivado da cocaína). Também foi criado o conselho na Liga das Nações: Conselho Central Permanente do Ópio, que serviria para receber e distribuir as informações acerca da produção, consumo, comércio e legislação sobre drogas,

além da fiscalização do tráfico internacional (TAYLOR, 1969 apud VALOIS, 2019). Mais uma vez, esta convenção deixou lacunas na interpretação e abriu brecha para os países produzirem e manufaturarem livremente. Além disso, a Liga das Nações não contava com uma estrutura eficaz de fiscalização, ficando esta resumida a relatórios – muitas vezes produzidos com dados disponibilizados apenas pelo próprio país (VALOIS, 2019).

O representante indicado pela Nova Zelândia para participar do Conselho foi Herbet L. May, americano com contato com o governo estadunidense, que tinha uma visão jurídica antiliberal, defendendo, inclusive, que as legislações afastassem o princípio da presunção de inocência e a inversão do ônus da prova para o réu (VALOIS, 2019).

Após Genebra, aconteceram dois encontros em 1931: a Convenção para Limitar a Manufatura e Regular a Distribuição de Narcóticos, entre os dias 23 de maio e 13 de junho, em Genebra; e a Conferência para a Supressão do Fumo do Ópio, de 9 a 27 de novembro, em Bangkok, Sião – hoje Tailândia. A primeira tratava de tema generalizado, servindo para qualquer nação, a segunda dizia respeito, especificamente, ao Oriente – mesmo assim diversas nações de outras regiões participaram (VALOIS, 2019).

Foi neste ano que surgiu para o mundo o citado Anslinger, proibicionista norte americano. Ele foi o responsável pela organização de diversos encontros secretos com o pessoal de alto escalão a fim de exercer pressão em outros países, usando esses encontros para troca de informações e para a coordenar a prisão de suspeitos de tráfico internacional. Por uma questão de política internacional, Anslinger e os EUA ganharam como aliados países que antes se recusavam a apoiar a proposta de repressão norte americana, o ganho político acabava por compensar possíveis perdas econômicas (VALOIS, 2019).

Estiveram presentes neste primeiro encontro 57 países, entre eles o Brasil e os Estados Unidos, além da convidada de honra União Soviética. Acordaram entre si que as nações deveriam, por meio de acordos internacionais, limitar efetivamente a produção de narcóticos apenas às causas legítimas: médica e científica, também regular sua distribuição (CHATTERJEE, 1981 apud VALOIS, 2019). Esta é, ao ver dos responsáveis à época, uma forma de limitação do tráfico de drogas, que havia



aumentado após as medidas tomadas desde a primeira Convenção em Xangai, visto que o crime deriva dos excedentes de produção – como pensavam na época.

Ficou definida a necessidade em registrar todos os envolvidos com o comércio legal de drogas, incluindo o endereço, para que se facilitasse a investigação da polícia quando desviadas mercadorias para o comércio ilegal. No artigo 15, foi tratada a criação em todos os signatários de um órgão especial destinado ao controle, regulação e supervisão do comércio de drogas (VALOIS, 2019), devendo também tratar de campanhas e outras medidas que evitem o uso e suprimam o tráfico (CHATTERJEE, 1981 apud VALOIS, 2019). E no artigo 23 obrigava os países a prestarem informações acerca do tráfico de drogas à Liga das Nações (VALOIS, 2019).

Outro resultado deste primeiro encontro foi a subdivisão das drogas ilícitas pelo critério de periculosidade: Grupo I e Grupo II. As do primeiro grupo seriam as drogas mais perigosas, enquanto do segundo as menos. Nesta Convenção incluíram nas substâncias ilícitas a codeína – droga menos perigosa pelo critério dos responsáveis, posta no Grupo II (VALOIS, 2019).

Acerca do segundo encontro do ano de 1931 a sua necessidade escancara o fracasso dos tratados anteriores. Este não se tornou objeto de muitos estudos. Mas vale ressaltar a ideia do representante da Malásia, que propunha o uso da inversão do ônus da prova, como Anslinger citado acima, quando fosse difícil encontrar prova definitiva para convencimento de um tribunal sobre o crime de tráfico (CHATTERJEE, 1981 apud VALOIS, 2019).

O caminho natural seguido, aceitando o proibicionismo discricionário, fez com que cada vez se exigissem leis mais severas para se punir os infratores. E novas convenções foram acontecendo para que a vontade dos líderes fosse feita (VALOIS, 2019).

Em 1936 houve um encontro em Genebra, entre os dias 08 e 26 de junho, mais uma vez organizado pela Liga das Nações, mais especificamente partindo da Comissão Internacional de Polícia – futura INTERPOL (BUXTON, 2008 apud VALOIS, 2019). A Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, como ficou conhecida, foi o marco do reconhecimento do tráfico de drogas como temos hoje. Neste encontro, os países que antes se opunham à criminalização

do comércio do excedente das substâncias ilícitas passaram a aceitar as medidas apresentadas. Também foi o que trouxe, de maneira efetiva, a polícia para o trato da questão das drogas (VALOIS, 2019).

A “evolução” buscada pelo novo encontro era a punição para o tráfico das substâncias que foram previstas em Haia e nos dois outros encontros que ocorreram em Genebra, em 1925 e 1931. Obtiveram êxito nesta questão e ficou definido, já no art. II da Convenção, a pena de prisão para os condenados por tráfico de drogas:

Cada uma das altas partes contratantes se compromete a baixar disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas restritivas de liberdade, os seguintes:

- a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções;
- b) participação internacional nos atos mencionados neste artigo;
- c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados;
- d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

Esta convenção foi a última da era da Liga das Nações, entrou em vigor apenas em outubro de 1939 com poucas ratificações.

Com a Segunda Guerra Mundial, o uso de drogas aumentou vertiginosamente, inclusive entre soldados das forças aliadas – como os estadunidenses; o uso dessas substâncias era até mesmo incentivado pelos comandos, já que sob o efeito delas, as tropas se mantinham alertas e concentradas, a droga melhorava a capacidade do corpo e da mente dos soldados (VALOIS, 2019). No entanto, com a guerra todo o mercado é atingido, mesmo o ilícito, o que diminuiu a oferta de drogas, e entenderam pelo sucesso das medidas repressivas em vigência (FRYDL, 2013 apud VALOIS, 2019).

Com o fim da guerra, a Alemanha, grande opositora dos EUA no assunto drogas, estava derrotada e seria reconstruída pelos Aliados, sendo assim, era o momento de os Estados Unidos tentarem impor aos países derrotados sua política proibicionista absoluta (VALOIS, 2019). Foi o que fizeram: A legislação da Alemanha e do Japão, por exemplo, até tinha no geral algo de progressista, mas a questão das drogas foi tratada de forma conservadora, aplicando legislação penal, não mais

fiscal (FRYDL, 2013 apud VALOIS, 2019); no Japão, chegou a ser possível prisão perpétua pelo tráfico de heroína, e se mantem, até hoje, como uma das legislações mais rígidas em questão das drogas (VALOIS, 2019).

O fim do conflito mundial também trouxe uma novidade ao mundo, a Organização das Nações Unidas, que viria substituir a Liga das Nações, encabeçada pela URSS – União das Repúblicas Socialistas e Soviéticas, Grã-Bretanha e Estados Unidos. Logo em 1946, através da Resolução 9 (I), foi criada na ONU a Comissão de Entorpecentes – Commission on Narcotic Drug – CND, para atuar como atuava o Comitê Consultivo sobre o Ópio na Liga das Nações (VALOIS, 2019).

A CDN era, basicamente, absoluta no assunto drogas. Outros órgãos não tinham o direito de fala na Comissão, a única exceção era a Organização Mundial da Saúde – OMS, que poderia falar se determinada substancia causava ou não dependência física, ainda assim, não exercia essa competência de forma exclusiva, pois a própria CDN poderia, conforme autorizado no artigo 2º do Protocolo de Paris – assinado em 1948, aplicar medidas de controle a alguma droga de forma provisória (VALOIS, 2019).

Com o tempo a ONU ganhou respeito no mundo e suas declarações passaram a ter legitimidade. Após a reconstrução da Europa, com o apoio econômico da nova potência mundial – Estados Unidos da América, passa a ser necessária a substituição dos tratados existentes por uma convenção una, que tratasse de todos os aspectos ligados às drogas, criando, enfim, um sistema de controle internacional; portanto, ficou definido que ocorreria a Convenção Única sobre Entorpecentes (VALOIS, 2019).

A nova Convenção ocorreu em Nova York, entre os dias 24 de janeiro e 25 de março de 1961. Ficou conhecida como Convenção Única sobre Entorpecentes e visava encontrar a melhor forma de consolidar os tratados anteriores acerca das drogas (VALOIS, 2019).

Adolf Lande ficou responsável pelos esboços a serem apresentados aos países na Convenção. Seriam feitos dois: na primeira opção a maconha não tem qualquer valor médico e é proibida; na segunda, a planta tem algum valor médico e se estabelecem medidas de controle sobre a sua produção. A primeira versão, que

coadunava com a visão norte-americana, acabou prevalecendo (BRUUN; PAN; REXED, 1975 apud VALOIS, 2019).

Esta convenção, que teve adesão recorde de 74 países e entrou em vigor em 1964 (VALOIS, 2019), traz em seu preâmbulo a preocupação com a saúde e a moral da humanidade (BRASIL, 1964). Considerada um divisor de águas na política de drogas mundial, a droga agora é regulada apenas pelo direito penal, não cabendo mais nada ao mercado (VALOIS, 2019). Esta dividiu as substâncias ilícitas em listas conforme sua periculosidade, de I a IV, e definiu diversas regras para cada lista. Também obrigou as partes a tratarem como crime a posse de drogas, conforme art. 2, item 5, alínea b, *in verbis*:

as Partes proibirão a produção, fabricação, exportação e importação, comércio, **posse ou uso de tais entorpecentes**, se, no seu conceito pelas condições existentes em seu país este é o meio mais eficaz de proteger a saúde e bem-estar público. Esse dispositivo não se aplicará às quantidades necessárias para pesquisa médica e científica apenas, incluídas as experiências clínicas com tais entorpecentes feitas sob ou sujeitas à supervisão e fiscalização das ditas Partes. (BRASIL, 1964)

Em 1971 houve uma nova Convenção no mundo das drogas ilícitas, desta vez, trataria especificamente das substâncias psicotrópicas – Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas; um ponto a se ressaltar nesta Convenção é a mudança de nomenclatura para tratar de substâncias produzidas pela indústria farmacêutica de países desenvolvidos: serão agora tratadas como entorpecentes, não mais como drogas (VALOIS, 2019).

A convenção aconteceu em Viena, entre os dias 11 de janeiro e 21 de fevereiro. O tratado resultante desta tinha aspectos de controle internacional, mas não havia o rigor imposto nos anteriores: a norma penal é branda, há apenas uma citação sobre pena; além disso, a proibição se dá apenas das substâncias em si, nada acerca dos derivados (BRASIL, 1977).

Quase duas décadas depois, mais uma convenção ocorreria e completaria a tríade da base do sistema proibitivo atual, sendo esta a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – conhecida como Convenção de Viena, junto a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas e a Convenção Única sobre Entorpecentes (VALOIS, 2019).

A convenção de Viena ocorreu em 1988 e em seu artigo 3, item 2 define a criminalização do porte de drogas para uso:

Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971 (BRASIL, 1991)

A nova legislação internacional tinha caráter policial, impondo as medidas repressivas que os signatários deveriam adotar, sem que houvesse qualquer preocupação com a soberania nacional de qualquer dos países que assinassem o acordo. Esse novo encontro focou na cocaína e na folha de coca, deixando de lado, inclusive, o sério problema da heroína que disseminava AIDS na época pelo compartilhamento de seringa por parte dos usuários (VALOIS, 2019).

Foi tratado inclusive da extradição e confisco nesta Convenção, além de lavagem de dinheiro de forma indireta (BRASIL, 1991).

Por décadas os Estados Unidos comandam a política de drogas internacional, seja arquitetando os tratados que lhes favoreçam, sejam ameaçando corte de ajuda financeira a países considerados produtores e transportadores das drogas. A interferência nos países latino americanos ocorreu de forma escancarada, com agentes espalhados pelas nações subdesenvolvidas, acusadas de levar a droga para o mundo.

O novo século se inicia perpetrando o mesmo erro dos séculos passados: a busca de um mundo sem drogas – pouca coisa mudou desde Xangai.

## **2.2 A história do proibicionismo no Brasil**

O Brasil não é o país que toma as decisões acerca da política de drogas, ele é o que acata aos desmandes dos EUA – assim como a grande maioria dos países do mundo, principalmente aqueles subdesenvolvidos. Faltam debates e pesquisas científicas sobre drogas e a classe política brasileira acaba sempre seguindo o

padrão punitivo imposto (VALOIS, 2019). Essa postura é reconhecida pelo país oficialmente - na página oficial do Senado Brasileiro consta: Em sintonia com o modelo internacional de combate às drogas, capitaneado pelos Estados Unidos, o Brasil desenvolve ações de combate e punição para reprimir o tráfico.

Segundo Almeida (2018), o país tinha normas que tratavam de substâncias venenosas, seu uso e venda, mas não de drogas, estas eram consumidas apenas pela elite brasileira até o século XIX. Em 1912, após a assinatura do Protocolo Suplementar de Assinaturas das Potências não Representadas na Conferência de Haia, em 16 de outubro e sua ratificação em 23 próximo, e a popularização das drogas para os grupos marginalizados, o Governo brasileiro iniciou, de fato, sua política de combate às drogas no país. Tendo como marco legal o Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, que promulgou esta primeira Convenção sobre o Ópio.

Pouco tempo depois, o país viveu uma invasão de tóxicos e os dispositivos que já existiam não foram suficientes (ALMEIDA, 2018). Surge, para tanto, o Decreto nº 4.294/1921, que previa, inclusive, a internação compulsória de usuários. No mesmo ano, entra em vigor o Decreto nº. 14.969, para regulamentar aquele, e prevê a criação de Sanatórios para Toxicomanos, incluindo o trabalho como forma de tratamento correcional, isso é, impondo a crença de que o consumo de drogas está ligado a ociosidade.

Uma nova Conferência, ocorrida em 1925, conhecida como Convenção Internacional do Ópio, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 22.950, de 18 de julho de 1933.

O brasileiro presente nesses encontros demonstra que, da mesma forma como na política mundial de drogas, há contradições acerca das opiniões e estudos apresentados no Brasil, a exemplo disto, tem-se a fala de Dr. Pedro Pernambuco Filho, no Subcomitê F do segundo encontro da referida Conferência, onde disse que a maconha seria mais perigosa que o ópio (BARROS; PERES, 2011 apud VALOIS, 2019), porém, seus estudos de 1915 concluem que a maconha não causa a mesma dependência que outras drogas (CARLINI, 2006 apud VALOIS, 2019). Sua nova opinião retratava o que pensava o governo brasileiro da época: a planta foi proibida em 1930 (ALMEIDA, 2018).

Em 1936, nova Convenção em Genebra realizada pela Liga das Nações, o oficial diplomático brasileiro de Varsóvia, Jorge Latour, foi enviado com o fim de adotar o posicionamento que fosse necessário à repressão da toxicomania (SOUZA, 2012 apud VALOIS, 2019). Latour não tinha qualquer experiência no assunto e foi para o encontro sem tempo para se preparar – foi nomeado apenas dois dias antes do início da Convenção, sendo assim, demonstrou apoio à delegação estadunidense (VALOIS, 2019).

Este feito marca o pioneirismo brasileiro no trato das drogas. Foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, a responsável pelo Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, que aumentou a lista de drogas proibidas (VALOIS, 2019). Neste mesmo Decreto-Lei, era prevista a pena de prisão para usuários que portavam drogas, conforme o art. 35:

Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, com expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena.: um a quatro anos de prisão celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.

Na próxima década entra em vigor o atual Código Penal brasileiro, com seu art. 281 dedicado ao tráfico de drogas. Esse artigo trazia diversos verbos de ação e uma pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos:

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

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

Tal dispositivo foi modificado diversas vezes, a Lei nº 4.451 incluiu o verbo plantar em seu caput; em 1968, o Decreto-Lei nº 385 o alterou novamente e passou a impor a mesma sanção aos usuários e traficantes:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

(...)

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)

Em 1976 foi aprovada a Lei nº 6.368, que revoga o artigo 281 do Código Penal e passa a regular o assunto drogas no Brasil. Referida Lei, em seu art. 12, aumenta a pena para o crime de tráfico de drogas, passando-a para reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos e mantém criminalizada a pessoa do usuário, porém com pena reduzida: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Enquanto estas normas eram criadas internamente, acontecia o que hoje se chama de primeiro de três pilares da política de drogas: A Convenção Única sobre Entorpecentes, no ano de 1961 (INCB, 2011). Promulgada em 27 de agosto de 1964, pelo Decreto nº 54.216, traz em seu preâmbulo a mesma preocupação com a saúde e moral da humanidade que ainda hoje se usa como desculpa para a repressão.

Na próxima década ocorreu a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, em Viena, segundo pilar da política de drogas. Ratificada no Brasil em 1973, foi promulgada pelo Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Porém, o Decreto nº 159, de 10 de fevereiro de 1967, já havia equiparado outras substâncias às entorpecentes. Dita Convenção contou também com um Protocolo de Emendas assinado e aprovado pelo Brasil no ano de 1975, por meio do Decreto nº 76.248.

O terceiro e último pilar da atual política de drogas é a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena no ano de 1988, ingressou no ordenamento legal brasileiro em 1991, por meio do Decreto nº 154. Esta segue os mesmos princípios da Convenção Única, direcionada à repressão (VALOIS, 2019).

Na década de 1990, em âmbito nacional, já se falava na necessidade de mudança na legislação de drogas, segundo Almeida (2018) “a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação global”, em 2002 foi aprovada, com inúmeros vetos, a Lei nº 10.409, que permaneceu em vigência concomitantemente a Lei nº 6.368/76. Finalmente, em 2006, foi aprovada a Lei nº 11.343, que revogou estes dois diplomas legais, e se mantem em vigência atualmente.



### **3 O PROCESSO HERMENÊUTICO DE CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO POSITIVO**

Este capítulo traz à tona os verdadeiros motivos da atual Lei de Drogas brasileira. O diploma legal anterior, a lei n. 6.368/76, implementou o discurso jurídico-político para a questão das drogas, prevalecendo a repressão e elegendo o traficante como o inimigo interno, o que ainda hoje serve como justificativa para as altas penas as quais são condenados os acusados de tráfico de drogas. Na década de 1990 passou a ser discutida a necessidade de nova lei para a temática drogas: o Projeto Murad, como foi chamado o PL 1.873/91, foi fruto das conclusões da CPI do Narcotráfico, e marcou a política de aumento de controle das teias do tráfico, bem como estabeleceu novos crimes – principalmente, em relação às organizações criminosas. O projeto foi readequado durante o processo legislativo e resultou na Lei 10.409/2002, em vigor de maneira concomitante com a Lei de 1976.

Estas duas leis vigoraram até a entrada em vigor da norma atual. Durante sua tramitação no Congresso Nacional, a diferenciação entre usuário e traficante parecia ser assunto primordial, tendo o legislador o intuito, ao aprová-la, de deslocar o usuário para o sistema de saúde, enquanto punia apenas o traficante de forma mais rígida. O aumento da pena mínima, à época do projeto, era justificado como necessário para atender ao clamor popular.

Na aplicação da lei, a falta de objetividade do art. 28, §2º, dispositivo legal que deveria ajudar o julgador a definir quem são os usuários, acaba por condenar possíveis usuários como traficantes, abarrotando prisões com pessoas que apenas participavam de uma simples transação comercial. A história se assemelha àquela após a entrada em vigor da *Harrison Act*, nos Estados Unidos.

#### **3.1 Contexto da elaboração da Lei 11.343/2006**

De acordo com Salo de Carvalho (2016) a Lei nº 6.368/76 escancarou a sintonia brasileira ao modelo transnacionalizado de implementação do discurso

jurídico-política para a questão das drogas, trazia a prevalência da eficácia da repressão sobre a prevenção, adicionada a punitividade. Segundo ele:

Assim, no plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, **justificando as constantes exacerbações de pena**, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de 1970. (2016, p. 48)

Ainda de acordo com Carvalho (2016), a elasticidade da pena prevista para o crime do artigo 12, sendo de 3 (três) a 15 (quinze) anos, que deveria ser dosada conforme a situação concreta pelo magistrado, deu lugar a aplicação sistemática de penalidades severas, sem diferenciação entre o pequeno e grande comerciante de drogas. Eleito como inimigo interno, o traficante passa a ser o mal a ser combatido.

Após mais de uma década de vigência da lei, no início dos anos 1990 passa a ser discutida a necessidade de uma nova lei para a temática drogas. Apresentava-se no Congresso Nacional posicionamentos antiproibicionista, bem como projetos que incrementavam a punitividade (CARVALHO, 2016).

O principal projeto em discussão foi denominado Projeto Murad – PL 1.873/91, fruto das conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico de 1991 – CPI esta que investigava uma rede de tráfico de drogas na Amazônia, colocando o país como rota do comércio internacional (CARVALHO, 2016). Como pontua o professor Salo de Carvalho “o projeto marcou a política de recrudescimento do sistema de controle das teias de comércio, estabelecendo novas categorias de delitos, sobretudo daquelas condutas associadas às organizações criminosas e suas políticas de financiamento”.

As diversas outras propostas que eram discutidas entre os congressistas acabaram por readequar o texto original do Projeto Murad, resultando na distinção da reprovabilidade legal relativa ao comércio e ao uso e porte de drogas (CARVALHO, 2016). De todo processo parlamentar nasceu a Lei 10.409/2002, que teve toda sua parte de direito material vetada pelo então presidente da república Fernando Henrique Cardoso pois, de acordo com as razões do veto, contrariava o interesse público bem como dispositivos da Constituição Federal (BRASIL, 2002).

As duas leis vigoraram concomitantemente por alguns anos, até que em 24 de agosto de 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.343 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definiu crimes, revogando as anteriores que tratavam do assunto. A nova Lei reúne os todos os aspectos do direito.

Durante a tramitação do Projeto da Nova Lei de Drogas no Congresso Nacional, muito se falou acerca da diferenciação entre usuários e traficantes (CAMPOS, 2015), contudo, comparando o artigo 28 ao 33 da Lei aprovada, observa-se que todos os verbos presentes no primeiro também constam do longo rol de verbos elencados no segundo, que tipifica o tráfico de drogas, quais sejam: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar e trazer consigo. O primeiro artigo visa a prevenção e o segundo, a repressão, conforme denominação de seu Título (Título IV: Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas), institutos opostos na aplicação prática.

Professor Marcelo da Silveira Campos (2015) discorre sobre este ponto na análise da Lei:

(...) é atravessada por este duplo regime de saberes e tecnologias de poder: num plano repressivo (em relação ao tipo penal do tráfico) ela é influenciada pelo contexto de formulação de políticas repressivas de “combate” às drogas (Convenções da ONU<sup>34</sup>, Guerra as Drogas<sup>35</sup>, Guerra ao Terror<sup>36</sup>), resquícios do final dos anos 90 e do war on terror em 2001. Num segundo plano – preventivo (quanto ao consumo de drogas) - ela é aprovada em meio ao contexto de expansão das chamadas “políticas de redução de danos” que objetivam uma abordagem do usuário de drogas com foco na prevenção, “autonomia individual” e redução dos danos do uso de drogas ilícitas.

Observa-se, portanto, que o intuito do legislador era, além de diferenciar o usuário do traficante – o que não foi possível devido à falta de objetividade na redação do artigo (Juízo da 2ª V.E.C.U.T.E, Manaus/AM, 2019), deslocar o usuário para o sistema de saúde, enquanto punia, de forma mais dura – tendo em vista o aumento da pena mínima em comparação à lei anterior, apenas o traficante (CAMPOS, 2015). O fato de aumentar a pena mínima para o crime previsto no art. 33 impede que o regime inicial no cumprimento de pena seja aberto, conforme disposto no Código Penal Brasileiro.

À época da aprovação da Lei, o Deputado Paulo Pimenta, também relator do projeto, justificava a pena base do crime de tráfico de drogas para que fosse atendido o clamor da sociedade brasileira (CAMPOS, 2015). No entanto, anos após a aprovação da Lei 11.343, ainda não se pode, como se extrai do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 635.659/SP, diferenciar o usuário do traficante – pelo menos não pela redação dos artigos 28 e 33.

Mesmo que a intenção do legislador ao elaborar a norma fosse ressocializar o usuário e punir apenas o traficante com uma pena maior, para que assim também inibisse a venda de drogas no país (CAMPOS, 2015), o 27º Relatório Mundial da Human Right Watch (2017) dispôs que:

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.

Fica evidente que a falta de clareza do legislador ao elaborar a norma acaba por alimentar o “sistema segregacionista e violador de direito constitucionais” (CARDOSO NETO, 2020), que escolhe tratar usuários como traficantes ou traficantes como usuários, de acordo com aspectos subjetivos e contextuais.

### **3.2 Atribuição de sentido – art. 28 e 33 (doutrina e jurisprudência)**

Vale iniciar a análise dos artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343/2006 pela discussão que por muito tempo permeia a doutrina: a retirada de pena restritiva de liberdade para o crime de uso e porte de drogas previsto no art. 28 significa descriminalização, despenalização ou apenas desencarceramento? O art. 16 da lei anterior - equivalente ao 28 desta, previa pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos além do pagamento de multa; atualmente, as penas são de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, podendo, em caso de

recusa injustificada do agente, ser aplicada a pena de multa – conforme disposto no art. 28, § 6º, II – Lei nº 11.343/2006.

Para Luiz Flavio Gomes e Rogério Cunha Sanches (2006) houve a descriminalização formal do fato, ao mesmo tempo a despenalização, os Professores explicam que deixou de ser crime pois não é mais penalizado com reclusão ou detenção, e o art. 1º da LICP expõe que “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Com base no mesmo dispositivo legal, não poderia ser considerado contravenção penal, que é definida como “a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”, tampouco seria infração administrativa, por isso, na opinião dos autores citados trata-se de infração penal *sui generis* – única em seu gênero.

Gomes (2007) ainda afirma ter havido junto à descriminalização formal da conduta a despenalização, que significa “suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato”. Concluindo, o professor dispõe:

(...) a nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de "crime" porque de modo algum permite a pena de prisão. Consequência natural: o usuário já não pode ser chamado de "criminoso". Ele é autor de um ilícito (porque a posse da droga não foi legalizada), mas já não pode receber a pecha de "criminoso". A não ser assim, cai por terra toda a preocupação preventiva e tendencialmente não punitivista da lei, em relação ao usuário. O fato de a própria lei ter intitulado o capítulo III, do Título II, como "dos crimes e das penas" não impede a conclusão acima exposta porque nosso legislador há muito tempo deixou de ser técnico. Ele também fala em crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950 e aí não existe nenhum crime.

Diferentemente do que defende o professor Luiz Flavio Gomes, o Supremo Tribunal Federal em julgamento do RE 430.105/RJ (2007) definiu a mudança significativa quanto ao uso e/ou porte de drogas como despenalização. O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do citado Recurso Extraordinário, elucida que houve, neste dispositivo legal, o rompimento de uma tradição de imposição de penas privativas de liberdade para toda e qualquer infração penal. Na mesma linha, está o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão no HC 339.592/SP, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas em 2016 (SILVA, 2016).

Claramente existe, junto a manutenção da conduta como crime, o desencarceramento do usuário e dependente, pelo menos na teoria. Houve, segundo Nucci (2008), seguindo uma tendência mundial de penas mais brandas para as infrações de menor potencial ofensivo, a retirada do usuário de drogas do contexto do cárcere, eliminando a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade. Reitera-se: na teoria.

Além da necessária análise feita das discussões geradas na doutrina acerca das mudanças nas penas do crime de uso e porte de drogas, é imprescindível a tentativa de diferenciar os tipos penais do art. 28 e do art. 33. Os usuários são enquadrados neste primeiro:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Enquanto os comerciantes das substâncias ilegais, se enquadram no crime de ação múltipla previsto no art. 33, transcrito a seguir:

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Para Valois (2019) a quantidade exagerada de verbos presentes no tipo penal analisado prejudica o princípio da legalidade, que teria como efeito a clareza e a objetividade do tipo. Assim como o “legislador em dizer que basta a pessoa possuir *droga em desacordo com determinação legal*” retira a necessidade de se provar o dolo na conduta do autor. Estas são medidas que afastam a Lei Penal da “ideia de

instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado”, colocando-a como pedido de polícia.

Ademais, conforme já apontado, o crime de tráfico contém os mesmos cinco verbos que caracterizam o crime de uso/ porte de drogas, e a diferenciação fica por conta da expressão “para consumo pessoal”, que deve ser entendido como o uso pelo próprio agente (SILVA, 2016). Para assim determinar, o juiz deve observar as circunstâncias que constam do §2º do mesmo artigo: natureza e quantidade da droga, local e condição da apreensão, circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como conduta e antecedentes deste. César Dario Mariano da Silva (2016) explica que são apenas exemplificativas, podendo o juiz analisar outras. As circunstâncias são excessivamente subjetivas, sem critérios objetivos, livres de interpretação pelo juiz, sem qualquer parâmetro legal. Foi adotado na nova Lei de Drogas, conforme pontuado pelo Professor Fernando Capez (2019, p.734), um “critério de reconhecimento judicial”, isto é, “cabe ao juiz [...] analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico” (GOMES; SOUZA, 2010).

Em sentença proferida em fevereiro de 2019, na 2ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da Comarca de Manaus/AM, a juíza Dra. Rosália Guimarães Sarmiento levanta inúmeras violações possíveis aos princípios do Direito Penal ao dar aos dispositivos da Lei de Drogas interpretação errônea. Na sentença, ela pontua a quantidade apreendida de substância entorpecente: 19,4 gramas e destaca que determinada quantidade coaduna, perfeitamente, com o depoimento dos acusados de que a droga era para uso pessoal. Todavia, para o Ministério Público do Estado, os jovens abordados estavam comercializando a droga, mesmo que nenhuma denúncia nesse sentido tenha sido feita. É atribuição livre de sentido na interpretação dos fatos.

A magistrada diz que “o órgão de acusação costuma satisfazer-se com inquéritos nos quais exista a prova da materialidade e um flagrante lavrado em desfavor de um ou mais indivíduos”, e continua expondo que “os processos acabam sendo conclusos para sentença de mérito sem qualquer ato de investigação capaz de distinguir se o(s) indiciado(s) estava(m) portando a droga para o seu consumo pessoal ou para fins de narcotraficância”. Essa dúvida, que deveria ser gerada ainda na fase de investigação policial, é razão para que seja aplicado o Princípio da Presunção de Inocência - *in dubio pro reo*, presumindo-se, portanto, como “para



consumo pessoal” os entorpecentes.

Da mesma forma, analisando-se a parte final do § 2º do artigo 28, onde diz que é necessário se atentar aos antecedentes do agente para determinar se a droga seria ou não para consumo próprio, a juíza é certa em dizer que ao julgar um determinado processo, o magistrado não pode fundamentar sua decisão por conta de outros processo que tenha o agente, nem se deixar influenciar por isso, senão estaria violando o Devido Processo Legal.

Ademais, no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, o Ministro Relator Gilmar Mendes defende em seu voto, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 por violar o Princípio da Proporcionalidade. Justifica dizendo que esta norma, ao descrever condutas idênticas às previstas no crime de tráfico de drogas e não estar revestida da objetividade necessária, acaba por dificultar, e até mesmo inviabilizar a distinção pretendida pelo legislador entre o usuário e o traficante.

Anos após de vigência da lei de drogas atual, a jurisprudência parece não ser unânime na aplicação da norma. Em rápida pesquisa no Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas nos processos da Comarca de Bauru, destacam-se inúmeras divergências.

Na Apelação Criminal nº 1500699-17.2019.8.26.0594, o relator Miguel Marques e Silva (2020) classifica as provas como amplamente comprobatórias do crime de tráfico, quais sejam: mais de 20g de maconha e material para embalagem de drogas; já Xisto Rangel, na Apelação Criminal de nº 0000159-77.2018.8.26.0594 decide que usuários não podem portar mais que um tipo de droga, e que 10 porções de cocaína e 11 de crack caracterizam, sem dúvidas, tráfico.

Na contramão, João Morenghi, no HC Criminal nº 2264437-71.2019.8.26.0000, define que 123g de cocaína na forma de crack não é quantidade expressiva de drogas.

A exposição de fatos dos acórdãos analisados parecem obedecer um roteiro para acontecimentos: na grande maioria há apenas depoimento dos policiais, que as vezes alegam denúncias anônimas e observação do local, onde constatam o tráfico de drogas por conta do entra e sai de pessoas; também é comum a confissão informal para os policiais que fazem a apreensão de drogas, posteriormente negadas em juízo; o local, por vezes, já é conhecido pelo tráfico de drogas, e por isso, não cabe dúvidas quanto à traficância de quem quer que ali esteja.

Poucas são as decisões como a do Relator Ivo de Almeida, na Apelação

Criminal nº 1501177-25.2019.8.26.0594 (2020), que dispõe que “a droga apreendida até poderia estar destinada ao tráfico, entretanto, em sede de direito penal, indícios tênues de envolvimento no comércio de entorpecentes não bastam para ensejar um decreto condenatório”.

Todo o exposto coaduna com o que apresenta a pesquisa feita pelo Juiz Luís Carlos Valois (2019) ao analisar 250 autos de inquérito policial nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e do Distrito Federal. Ele é certo na crítica feita ao uso, praticamente exclusivo, do depoimento de policiais para a condenação por tráfico de drogas; em seu trabalho, 76,4% dos processos analisados tem apenas policiais como testemunhas dos fatos apresentados, sendo ainda pior a situação no Estado de São Paulo, onde o percentual sobe para 96%.

Vale apontar outro dado revelado em sua pesquisa: nos procedimentos que contam com mais testemunhas, 41,3% são pessoas que também estavam no local onde a droga foi apreendida, e 43,4% são usuários. Portanto, correm o risco de serem imputados como traficantes também.

As apreensões de drogas e o testemunho dos policiais são praticamente as únicas provas nos autos contra a pessoa indiciada. O mesmo policial que aborda, que viola o domicílio e que constrange o cidadão, é aquele que deporá contra este mesmo no tribunal. O judiciário brasileiro aceita o depoimento dos agentes da lei como válido, conforme orientação mantida pelo STF (HC 76.557 – Min. Carlos Velloso, 04/08/1998). Pela lógica punitivista, se não se aceita a única testemunha apresentada – não a única possível, não terá qualquer condenação, e como brilhantemente coloca Valois (2019): o judiciário prefere se tornar uma máquina de encarcerar gente, do que cumprir com sua função de ser o local onde se averiguam os fatos apresentados.

A partir disso, tem-se que:

(...) quem prende, quem disponibiliza o acusado para o Ministério Público e para a Justiça não são as leis, genéricas, abstratas, construídas em um mundo de inflação legislativa onde quase tudo pode ser crime. Quem prende, quem apresente o possível culpado de qualquer desses crimes, escolhendo quem realmente sentará no banco dos réus, é a polícia. (VALOIS, 2019)

A defesa nesses casos é praticamente nenhuma, além deste circo previamente armado para a condenação, o condenado também não poderá vencer suas limitações materiais, que o impede de produção provas, contraditar evidências,

arrolar testemunhas ou realizar diligências que seriam úteis para sua defesa (DIETER, 2019 apud SEMER, 2019).

#### **4 A POSSIBILIDADE DE UMA DECISÃO JURÍDICA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 28.**

Este último capítulo trata das inconstitucionalidades do art. 28 da Lei 11.343, bem como explana acerca da interpretação conforme à Constituição. Primeiramente, a subjetividade dos critérios para definição de consumo pessoal do §2º do artigo 28 pode causar a aplicação de um direito penal seletivo, criminalizando aqueles que já estão, de alguma forma, à margem da sociedade. Quando se fala em local da ação e circunstâncias sociais do agente, abre-se margem para atuação da polícia conforme o que dita o senso comum. No último critério previsto na lei, a norma vai na contra mão do que a doutrina defende, não se deve utilizar a conduta e os antecedentes do agente para decidir qual o crime cometido por ele, isso caracteriza um verdadeiro Direito Penal do Autor. Outro ponto controverso acerca do crime de porte e uso de drogas, é a violação ao art. 5º, inciso X da Constituição Federal, o direito garantido à intimidade e vida privada – sendo, inclusive, tema de Recurso Extraordinário no STF.

Quando na interpretação e aplicação da norma, que deve ser de acordo com o que dispõe a Constituição Federal, existe o que se chama de Resposta Hermeneuticamente Adequada à Constituição (RHAC), onde o julgador deve encontrar, através da aplicação de princípios de interpretação da CF, a resposta mais constitucionalmente adequada quando comparada às outras possíveis, analisando sempre o caso concreto. Deve-se evitar a discricionariedade, sendo esta resposta uma decisão, e não escolha do magistrado.

##### **4.1 Aspectos da (in)constitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006**

Os critérios para definição do consumo pessoal, constantes do §2º do art. 28, conforme já apontado anteriormente neste trabalho, são de caráter altamente subjetivo, podendo ocasionar a aplicação de um direito penal seletivo (SOBRAL JUNIOR, 2012), criminalizando populações marginalizadas enquanto protege as

classes sociais dominantes; posto que, a maioria dos presos por tráfico de drogas, de acordo com a pesquisa realizada pelo Juiz Marcelo Semer (2019) são de pessoas hipossuficientes, que dependem da assistência judiciária gratuita, desempregados ou com empregos de baixa renda.

Vale a análise individual de cada um dos critérios que devem ser considerados sempre em conjunto para a conclusão do magistrado: a) natureza e quantidade da substância apreendida; b) local e condições da ação; c) circunstâncias sociais e pessoais do agente; e, d) sua conduta e antecedentes.

Quando se trata da natureza e quantidade de substância ilícita, tem-se, primeiramente, que sempre dependerá de análise ao caso concreto, pois para cada substância há de se considerar uma quantidade apropriada. Emmanuela Vilar Lins (2009) exemplifica bem isto:

[... ] por exemplo, 100 gramas de cannabis (maconha) poderá ser considerado uma quantidade razoável para um usuário diário desta substância, o mesmo não podendo ser dito em face da cocaína ou heroína, cuja quantidade necessária para se obter o resultado esperado, bem como o seu nível de tolerância, é muito menor do que o da cannabis.

Além disso, a autora é assertiva ao explicar que seria necessário ao magistrado um exame minucioso, pois cada indivíduo reage de uma maneira a determinada substância, podendo ter tolerância maior ou menor a qualquer delas.

Para Lima (2016) a expressão “para consumo próprio” exige que seja apreendida pequena quantidade, não havendo, no entanto, qualquer base para que se defina esta pequena quantidade. Diversos países contam com critério objetivo, impondo limites para a porte caracterizador de consumo pessoal, por exemplo: na Espanha, há um limite legal de até 100g de *Cannabis* e 7,5g de cocaína; no Uruguai, onde recentemente foi legalizada a maconha para uso recreativo, o limite é de 40g por mês da erva (SENAD, 2017).

Ademais, o fato de ser usuário habitual, pode fazer com que o agente prefira adquirir quantidade maior de droga de uma vez, para não precisar voltar logo ao local de traficância (LINS, 2009).

O local e condições onde se dá ação é tema ainda mais propenso a erros do judiciário. Para Roberto Brasileiro Lima,

[...] se o agente for surpreendido em determinada localidade conhecida como ponto de distribuição de drogas, trazendo consigo a substância entorpecente acondicionada em pequenas embalagens para venda, sendo com ele apreendido grande numerário em dinheiro, provavelmente recebido dos usuários, demonstrando-se, ademais, uma constante movimentação de pessoas para o consumo e aquisição de drogas, há de se concluir que se trata de tráfico de drogas

No entanto, como bem pontua Lins (2009)

A doutrina fala, por exemplo, em locais em que, normalmente, são vendidas drogas, zona típica de tráfico. É conveniente ressaltar, entretanto, que, se existem essas zonas é porque também existem os usuários que lá transitam; assim, a presença de indivíduos neste loco não é razão suficientemente para enquadrá-lo no tráfico.

Passando ao terceiro critério, Lima (2016) entende por circunstância social e pessoal do agente, primordialmente, a condição econômica deste. Alega o autor que “a apreensão de grandes quantidades de droga em poder de pessoa pobre seria um indicativo de traficância”, como se o pobre não pudesse adquirir quantidade para consumir em maior tempo e evitar assim o contato com a criminalidade – assim como age um ator de televisão citado por Lima:

(...) há alguns anos, um conhecido ator de televisão foi flagrado comprando uma quantidade razoável de drogas. À primeira vista, poder-se-ia pensar em tráfico de drogas, face a quantidade de substância entorpecente apreendida. No entanto, restou comprovado que o agente teria comprado uma quantidade elevada porquanto tinha receio de ser flagrado pelo polícia (ou pela mídia) caso tivesse que comparecer diariamente a pontos de vendas de drogas para aquisição da substância destinada a seu consumo pessoal.

O autor ainda deixa claro que o fato de ser dependente ou usuário de drogas não é motivo para descaracterização do crime de tráfico; conforme apresentado por Semer (2019), na prática, os juízes consideram que o tráfico é uma forma de manter o vício, mesmo quando o agente alega trabalhos lícitos, porém informais.

Por último, serão levadas em conta a conduta e antecedentes do agente, mesmo que a doutrina considere que a utilização destes como critério para aferir qual o crime cometido, se porte ou tráfico, indevida, justificando que se trata de verdadeiro Direito Penal do Autor (LIMA, 2016), caracterizando uma análise subjetiva do agente, deixando para segundo plano a apreciação objetiva do fato delituoso; como resultado cria-se “verdadeira presunção de culpabilidade em

detrimento a agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes” (ARRUDA, 2007 apud LIMA, 2016).

Além do ponto supracitado acerca da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, tramita no Superior Tribunal Federal o RE nº 635.659/SP, já referido neste trabalho, com repercussão geral, que alega a violação do art. 5º, X da Constituição Federal “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, este protege as escolhas do indivíduo em seu âmbito privado, desde que estas não ofendam terceiros.

Em seu voto, o Ministro relator Gilmar Mendes aponta que “(...) as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada”. Isto porque, a liberdade do legislador deve sempre ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, evitando o excesso de poder legislativo, caracterizado pela contrariedade, incongruência, irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.

Em defesa da norma, o Ministério Público alega que quem traz consigo drogas, mesmo que para uso próprio, lesa a saúde pública pois contribui para a propagação do vício no meio social.

Vale ressaltar que o crime em discussão é classificado como de perigo abstrato, isto é, não se exige a efetiva lesão, nem mesmo a configuração do perigo em concreto ao bem jurídico tutelado – no caso em tela: saúde e segurança públicas. É um tipo penal preventivo.

Nota-se que ao acrescentar na conduta do art. 28 a expressão “para uso pessoal”, o legislador almejava diferenciar as condutas e, com isso, retirar de âmbito penal o usuário e dependente de drogas, fornecendo a estes o tratamento de saúde e a reinserção social, conforme os objetivos declarados da Lei. Porém, como bem pontua o ministro do STF, ao penalizar criminalmente o usuário, mesmo que não seja com penas restritivas de liberdade, o usuário passa a ser estigmatizado em sociedade, o que neutraliza os objetivos expressos no SISNAD para com estes indivíduos.

Ademais, não há qualquer estudo que revela que a repressão ao consumo de drogas seja eficiente para o combate ao tráfico de drogas, ao contrário, toda a Guerra às Drogas empreendida nas últimas décadas não resultou em qualquer diminuição do crime de tráfico no país.

O ato de consumir drogas, quando muito, causa danos apenas ao usuário, assim, a análise acerca da norma se desenha entre proteger o direito a intimidade e a autodeterminação do usuário *versus* o direito coletivo à saúde pública. Puig (2014 apud BRASIL, 2015) explica que mesmo sendo coletivo, deve-se exigir certo grau de lesividade individual para justificar a intervenção do direito penal, o que de fato, não é demonstrado. A ligação entre consumo de drogas e tráfico é excessivamente remota para que se atribua ao primeiro efeitos criminais.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais (BRASIL, 2015).

Apesar de causarem prejuízos físicos e sociais aos seus consumidores, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que “ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação” (BRASIL, 2015). Ademais, a própria Lei 11.343, em seus artigos 18 e seguintes prevê que os usuários e dependentes estão em situação de fragilidade.

O ministro ainda finaliza dizendo 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.

Fica claro que a Lei nº 11.343/2006, aprovada para satisfazer a vontade popular e penalizar de forma mais gravosa o traficante de drogas, visto com o mal social (SEMER, 2019), viola princípios e garantias constitucionais, bem como abre espaço para que os juízes decidam conforme sua própria consciência – decisões discricionárias, havendo grandes chances de adentrar no campo autoritário e antidemocrático (ENGELMANN; FERRARESI, 2020).



#### **4.2 A interpretação conforme a Constituição para adequada aplicação da norma jurídica.**

Exige-se de qualquer que seja a lei, a interpretação e a aplicação em conformidade com o que prega a Constituição Federal de 1988, respeitando, acima de tudo, seus princípios; entre estes não existe qualquer hierarquia, mas vale destacar que, conforme ensina Ingo Sarlet (2018) há o que se chama de princípios da interpretação constitucional, os quais formam um catálogo que determina técnicas e diretrizes para o processo de interpretação e aplicação da Constituição e suas normas, sendo auxiliares na construção de respostas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais. Se apresenta a seguir o catálogo de princípios, primeiramente proposto por Konrad Hesse, revisado na doutrina constitucional da língua portuguesa por Gomes Canotilho: Princípio da Unidade da Constituição, do qual decorrem os princípios do Efeito Integrador, da Harmonização, da Proporcionalidade e da Razoabilidade; e o Princípio da Supremacia da Constituição, do qual sucedem os da Máxima Eficácia e Efetividade da Constituição, da Força Normativa da Constituição e da Interpretação Conforme à Constituição (SARLET, 2018).

O primeiro princípio, da unidade da Constituição, ensina que toda norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo a considerar que a carta magna é indivisível, representando uma unidade, a fim de evitar contradições; já o segundo principal princípio, da supremacia da Constituição, expõe que as normas constitucionais ocupam posição hierárquica superior às outras normas do ordenamento brasileiro, isto devido a sua origem – do poder constituinte, e da distinção entre este e o poder constituído (SARLET, 2018).

Citando Michael e Morlok (2018), Sarlet explica que

o princípio da supremacia da constituição significa que a constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo todo e qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais (p. 237)

No entanto, conforme pontuam Engelmann e Ferraresi (2020) o próprio STF, bem como outros tribunais e juízes de primeiro grau, decide além desta para que se atenda aos clamores das ruas, ou para que “se busque justiça”. Estas decisões “não correspondem adequadamente à própria Constituição e caracterizam modelos de arbitrariedade, com a escusa da discricionariedade judicial” (ENGELMANN; FERRARESI, 2020).

Esse tipo de decisão extrapola os limites de atuação do judiciário caracterizando-se por um voluntarismo judicial que pertence ao campo arbitrário e antidemocrático em violação ao Estado de Direito, pois como bem explicam os mesmos autores:

(...)no cenário que se abandona o Direito democraticamente positivado para implementar o fazer “assujeitar a sociedade” e a “interpretação do Direito”, a partir de expressões como “opinião pública”, “vontade popular”, abre-se oportunidade para decisões discricionárias, livres do direito e, que por essa razão, são antidemocráticas e autoritárias.

A conclusão a que chegam, coaduna com aquela exposta por Streck em seu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (p. 419) “a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia”. Neste contexto de decisões, primeiro se decide – conforme sua própria consciência, e depois é que se faz a busca para a fundamentação em princípios: toma-se o caminho inverso (ENGELMANN; FERRARESI, 2020).

Retomando aos princípios, aquele da interpretação (das leis) conforme à Constituição, que decorre da supremacia das normas constitucionais, tem grande relevância prática na atuação de uma justiça constitucional (SARLET, 2018), surgiu na Europa e acabou sendo difundido pelo mundo por se relacionar com o controle da constitucionalidade das leis. Inclusive hoje no Brasil, se transformou em técnica decisória do controle de constitucionalidade, sua recepção e desenvolvimento tem matriz na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (SARLET, 2018).

Há controvérsias quanto a classificação do dever de interpretação conforme à Constituição, havendo quem defenda que não é um princípio propriamente dito, e sim uma “interpretação constitucionalmente orientada (guiada) das normas infraconstitucionais” (SARLET, 2018). No entanto, Sarlet (2018) defende que, por mais que seja uma atribuição de sentido às leis conforme a Constituição, essa

operação exige do intérprete atribuição de sentido às normas constitucionais, se tratando, portanto, de um princípio de interpretação constitucional.

Esta interpretação consiste na técnica de que, na existência de duas ou mais alternativas possíveis de interpretação de um determinado dispositivo legal, se opte por aquela que preserva a integridade do dispositivo e lhe atribua sentido compatível com a Constituição Federal. Baseada na doutrina de Gomes Canotilho (2003 apud SARLET, 2018), ela resulta de conjugação de pelo menos três aspectos: não pode contrariar o texto, tampouco o sentido da norma constitucional; a norma não poderá ser considerada inconstitucional se quando verificadas suas finalidades, ela puder ser interpretada conforme à CF; e, a interpretação deve ser afastada quando violar o sentido literal da norma infraconstitucional.

Monteiro (2018), em artigo sobre a tese da decisão correta “conduzida a partir da obra de Dworkin e da construção teórica de Streck com Heidegger-Gadamer-Dworkin”, esclarece que esta impõe ao magistrado a necessidade de reconstrução da história institucional da norma, observando especialmente os princípios jurídicos. Não que exista uma interpretação ou decisão correta, e sim a mais constitucionalmente adequada, quando em comparação com as outras; isto é, uma Resposta Hermeneuticamente Adequada à Constituição – RHAC (STRECK, 2014 apud MONTEIRO, 2018):

Decidir corretamente, portanto, requer: a busca por critérios teórico-jurídicos; a consideração de que inexistem múltiplas respostas para questões jurídicas, devendo da melhor forma possível encontrá-la; o reconhecimento da importância da relação entre direito e democracia, da produção jurídico-democrática e do fortalecimento da legitimidade necessária desde esse momento de intersubjetividade da autolegislação; o reconhecimento das limitações a partir da tradição/integridade (Dworkin-Gadamer-Streck); reconhecimento, admissão e afastamento das pré-compreensões jurídicas inautênticas; e a luta constante com (pré-)compreensões morais, políticas, etc., preservando a autonomia do direito.

Portanto, a resposta judicial estará adequada quando a autonomia do direito for respeitada, a discricionariedade evitada e mantida a coerência e integridade do direito a partir de detalhada fundamentação (STRECK, 2014 apud MONTEIRO, 2018). Ademais, esta resposta deve ser uma decisão, e não uma escolha do magistrado – que dependeria de sua vontade pessoal ou sua subjetividade (STRECK, 2010 apud COSTA, 2013). Ela é, em suma, a busca pela melhor interpretação no caso concreto, não podendo se desvincular dos princípios do

Direito; também por isso, o art. 93, inciso IX da Constituição traz que as decisões deverão ser fundamentadas sob pena de nulidade.

Ademais, uma norma só será declarada inconstitucional quando esta inconstitucionalidade for manifesta e não houver maneiras de atribuir à ela um sentido que não distorça e reescreva o texto legal, isso porque a interpretação conforme não deve substituir o conteúdo da norma, não poderá ser uma produção do Poder Judiciário (MAURER, 2007 apud SARLET, 2018).

Dworkin (1999 apud Costa) explica que o papel do julgador é estabelecer uma interpretação da norma no caso concreto coerente com os princípios e precedentes, e não de acordo com sua moral. Havendo conflito de princípios deve-se levar em conta a força relativa deles, e aplicar o que melhor se adequa ao caso.

Além do mais, o acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV/CF, pressupõe que o julgador analise e interprete o direito; não sendo este princípio apenas relacionado à possibilidade do cidadão de buscar o poder judiciário para assegurar seus direitos; este também vincula o Estado: deve responder ao cidadão de maneira efetiva, para que se faça cumprir direitos, considerando as necessidades do cidadão e a legislação vigente (PEREIRA; COSTA, 2016).

Conclui-se que as decisões não podem ser um processo de escolha do julgador, como tem sido no caso da Lei de Drogas, elas são como um processo em que deve estruturar sua interpretação de acordo com direito (COSTA, 2013).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Guerra às Drogas é, desde seu início, falida. Uma guerra impossível de ser vencida, que mata todos os dias agentes do Estado e civis em nome do Estado. O dispositivo estudado, que poderia dar um respiro à legislação de drogas, é aplicado de forma a condenar aqueles que, como fora feito nos Estados Unidos com o chineses e mexicanos, são indesejados no meio social. Quando se faz um recorte do sistema carcerário brasileiro se percebe quem são os indesejados: jovens, negros, pobres, sem estudos e na maioria periféricos.

Algumas das inconstitucionalidades apresentadas no corpo do trabalho poderiam ser vencidas quando da aplicação da lei, principalmente em relação ao seu parágrafo 2º; o simples respeito ao *in dubio pro reo* seria o suficiente para se evitar prisões arbitrárias demonstradas nos livros de Dr. Luís Carlos Valois e Dr. Marcelo Semer. No entanto, o que se vê é a prisão de usuários e pequenos traficantes, como se fossem chefes do tráfico, donos de helicópteros com quase meia tonelada de cocaína, como aquele encontrado em 2013, ligado à família do então senador José Perrela.

Pode-se concluir, de forma segura, que a norma analisada neste trabalho é inconstitucional, violando o direito à vida privada - previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, bem como carecendo da objetividade necessária para sua aplicação, especificamente nos critérios trazidos para a diferenciação entre uso/porte e tráfico.

A discricionariedade dada aos julgadores através do artigo 28, parágrafo 2º abre espaço para decisões como as demonstradas no trabalho: mais de 20g de maconha é traficante; abordado em local conhecido como ponto de tráfico também só pode ser traficante; agente sem trabalho formal é traficante porque é dali que retira seu sustento. Nestes exemplos, assim como fora feito durante esta pesquisa, a subjetividade abre espaço para escolhas, e não para a construção de uma decisão adequada ao caso concreto. O maior dos absurdos fica por conta da parte final do citado dispositivo: a conduta e antecedentes do agente, cria-se um verdadeiro direito penal do autor, onde o que está em julgamento não é mais o fato criminoso em si, e sim o agente que supostamente o cometeu.

Ademais, o devido processo legal se vê prejudicado quando as únicas testemunhas chamadas em juízo, na maioria dos casos, são interessadas na condenação para que se confirme o trabalho realizado anteriormente. Os policiais, enquanto testemunhas, confirmarão o que já apresentaram ao delegado, darão como provas a apreensão, uma confissão informal, e as vezes uma denúncia anônima – que não aparecerá depois no processo judicial. Assim estará firmado o convencimento das outras autoridades.

Também é digno de nota que os policiais-testemunhas, que fazem inúmeras apreensões de drogas por semana, todas elas com narrativas parecidas, precisam relembrar o caso para que possa dar seu testemunho em juízo. O relembram lendo os documentos feitos por eles mesmos, minutos antes das audiências, nos corredores da justiça.

Com base nisso, o Estado continua condenando pessoas por consumirem uma substância que fará mal apenas a si próprio – quando o faz, em nome da proteção da saúde; e esses condenados vão para locais insalubres, sem qualquer zelo com a saúde ou respeito por uma vida minimamente digna. Violam direitos e garantias constitucionais para atender aos caprichos de uma nação que há mais de um século dita regras contra as drogas, tapando os olhos para o maior problema do assunto: o próprio mercado consumidor estadunidense. Talvez a hipocrisia seja o maior dos problemas quando o assunto é drogas.

É urgente que o legislativo brasileiro aja. Observando o comportamento do judiciário – pelo menos a maioria dos envolvidos nesta pesquisa, não há espaço para interpretação constitucional do dispositivo. Não cabe resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, quando os julgadores não estão dispostos a sequer cumprir os mandamentos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Visco Costa de. **Evolução da Legislação Antidrogas no Brasil**. In: Conteúdo Jurídico. 01 out. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52279/evolucao-da-legislacao-antidrogas-no-brasil>. Acesso em: 01 nov 2020.

ARAUJO, Tarso. **ALMANAQUE DAS DROGAS – Um guia informal para o debate racional**. São Paulo. Leya, 2012.

BRASIL. **DECRETO Nº 154, DE 26 DE JUNHO DE 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

BRASIL. **DECRETO Nº 159, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1967**. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

BRASIL. **DECRETO Nº 2.994, DE 17 DE AGOSTO DE 1938**. Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas.

BRASIL. **DECRETO Nº 4.294, DE 06 DE JULHO DE 1921**. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários.

BRASIL. **DECRETO Nº 11.481, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1915**. Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assinados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912.

BRASIL. **DECRETO Nº 14.969, DE 03 DE SETEMBRO DE 1921**. Approva o regulamento para a entrada no país das substâncias tóxicas, penalidades impostas aos contraventores e sanatório para toxicomanos.

BRASIL. **DECRETO Nº 22.950, DE 18 DE JULHO DE 1933**. Promulga a Convenção Internacional do Opio, firmada em Genebra, a 19 de fevereiro de 1925.

BRASIL. **DECRETO Nº 54.216, DE 27 DE AGOSTO DE 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes.

BRASIL. **DECRETO Nº 76.249, DE 12 DE SETEMBRO DE 1967**. Promulga o Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961.

BRASIL. **DECRETO Nº 79.388, DE 14 DE MARÇO DE 1977**. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 385, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1968.** Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 891, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1938.** Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.914, DE 09 DE DEZEMBRO DE 1941.** Lei de Introdução ao Código Penal

BRASIL. **LEI Nº 4.451, DE 04 DE NOVEMBRO DE 1964.** Altera a redação do artigo 281 do Código Penal.

BRASIL. **LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

BRASIL. **LEI Nº 10.409, DE 11 DE JANEIRO DE 2002.** Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. **MENSAGEM Nº 25, DE 11 DE JANEIRO DE 2002.** Mensagem de veto, Lei 10.409. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/2002/Mv025-02.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm). Acesso em 15 nov de 2020.

Brasil. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas - SENAD. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Florianópolis. 2017. Disponível em: [http://sgmd.nute.ufsc.br/content/portal-aberta-sgmd/e01\\_m17/pagina-00.html](http://sgmd.nute.ufsc.br/content/portal-aberta-sgmd/e01_m17/pagina-00.html). Acesso em 31 out. 2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (no 11.343/2006) no Congresso Nacional.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 2, 30 jul. 2015.

CAPEZ, Fernando. Drogas – Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *In:* \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial.** 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 728-823.

CARDOSO NETO, Jean Tulio. **A inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006 e o RE 635.659/SP: Uma análise do Recurso Extraordinário de nº**



**635.659/SP.** *In:* Jusbrasil. 2020. Disponível em: <https://jeantulio123.jusbrasil.com.br/artigos/825331103/a-inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-11343-2006-e-o-re-635659-sp?ref=feed>. Acesso em 20 jul. 2020.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Miguel do Nascimento. **Direito Fundamental à resposta correta e adequada à Constituição.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 170-189.

ENGELMANN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Os Caminhos para Superação do Positivismo: Os Postulados da Escola do Direito Livre nas Decisões Judiciais Brasileiras. *In:* **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas.** Pouso Alegre, v. 36, n. 1, jan./jun. 2020, p. 333-359.

ESTADO DO AMAZONAS. PODER JUDICIÁRIO. Juízo de Direito da 2º Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da Comarca de Manaus. **Sentença – autos nº 0602245-17.2018.8.04.0001.** Juíza Rosália Guimarães Sarmento. Fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **NOVA LEI DE DROGAS: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.** 5 de janeiro de 2007. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/33969/nova-lei-de-drogas--descriminalizacao-da-posse-de-drogas-para-consumo-pessoal>. Acesso em: 01 nov. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de Drogas para Consumo Pessoal: Crime, Infração Penal “sui generis” ou Infração Administrativa?** *In:* Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais. 2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/795>. Acesso em: 01 nov. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto.** Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 08 de dezembro de 2010. Acesso em: 31 mar. 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. **27º Relatório Mundial.** 2017. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>. Acesso em 23 mar. 2020.

**INCB – International Narcotics Control Board.** 2011. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_drugs/INCB/INCB%202011/2011\\_INCB\\_ANNUAL\\_REPORT\\_portuguese\\_References\\_to\\_Brazil\\_PDF.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf). Acesso em 30 jun. 2020.

**INFOPEN – Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro.** Ministério da Justiça e da Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional. Jun.2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen>. Acesso em 23 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2014.

LINS, Emmanuela Vilar. **A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social.** *In: NERY FILHO, A., et al. orgs. Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas.* Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, p. 243-267. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em 15 out. 2020.

MONTEIRO, Matheus Vida Gomes. **Observações sobre a necessidade de respostas corretas em Direito.** *In: Consultor Jurídico.* 09 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/diario-classe-observacoes-necessidade-respostas-corretas-direito>. Acesso em 25 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 299.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **LEI DE DROGAS COMENTADA**. 2 ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. **Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial: um diálogo entre Robert Alexy e Lênio Luiz Streck.** *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 131-148, dez. 2016.*

SARLET, Ingo Wolfgang. *Linhas Mestras da Interpretação Constitucional.* *In: SARLET, I. et al. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.* 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 225-253.

SEMER, Marcelo. **SENTENCIANDO O TRÁFICO: o papel dos juízes no grande encarceramento.** 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SOBRAL JUNIOR, Roberto José Goes. **O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE ACORDO COM A LEI 11.343/2006.** Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Livraria do Advogado, 2014, p. 419.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 339.592 São Paulo.** Relator Ministro Ribeiro Dantas, votado em 07 abr. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 635.659 São Paulo.** Relator Ministro Gilmar Mendes, votado em 20 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 430.105 Rio de Janeiro.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence, votado em 13 fev. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 1500699-17.2019.8.26.0594**. Relator Miguel Marques e Silva, votado em 16 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 0000159-77.2018.8.26.0594**. Relator Xisto Rangel, votado em 10 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 1501177-25.2019.8.26.0594**. Relator Ivo de Almeida, votado em 07 mai. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Habeas Corpus Criminal nº 2264437-71.2019.8.26.0000**. Relator João Morengi, votado em 29 jan. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra à Drogas**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.