

PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL: aplicabilidade das medidas despenalizadoras junto ao Juizado Especial Criminal e princípio da alteridade.

Autora: Roberta Soliz¹
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis

Orientador Prof. D.r Marco Aurélio Nogueira

RESUMO

O fracasso da chamada “guerra às drogas”, incentivada pelas grandes potências mundiais ao longo dos últimos anos, trouxe a necessidade de a sociedade repensar o modelo proibicionista adotado até hoje. O auge do proibicionismo tem como bode expiatório a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, encarcerando os alvos mais fáceis que a força policial consegue alcançar, qual seja o mero usuário. Faz-se necessário a mudança de paradigma quanto ao uso do direito penal para penalizar conduta que não atinge bens jurídicos que prejudiquem ou lesionem terceiros.

PALAVRAS-CHAVE: porte de drogas; guerra às drogas; princípio da alteridade; direito penal.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

1) INTRODUÇÃO

As penas alternativas impostas no Brasil para o usuário de drogas que é flagrado com o porte de substância ilícita devem ser repensadas com urgência. A penalização da conduta ainda é visível quando do momento do registro da conduta nos antecedentes criminais do cidadão, ainda que não sirvam como parâmetros de aplicabilidade do instituto da reincidência. Assim, a chamada “despenalização” verificada, supostamente, quando da leitura do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) e suas respectivas “penas”, levaria ao cidadão ao entendimento de que realmente não há penalidade severa ao usuário de drogas no país.

A descoberta da falsa impressão que é dada da despenalização do artigo 28 da Lei 11.343/2006 demonstra que as penas aplicáveis àquele que é flagrado com o porte de substâncias ilícitas para consumo próprio acabam por estigmatizar os registros criminais do cidadão. Ou seja, ainda que não haja a previsão de pena privativa de liberdade do indivíduo no mencionado dispositivo, as penas alternativas a ele aplicadas acompanham seu histórico pessoal com o lançamento da conduta em sua certidão criminal.

Ademais, é mister a localização geopolítica internacional do histórico das guerras às drogas de, pelo menos, 180 anos atrás, quando da eclosão da chamada Guerra do Ópio, em território chinês. Não é possível compreender a atual política proibicionista da maioria dos países sem a concatenação dos motivos que levaram à construção da mentalidade de proibição, imposta como resultado de interesses políticos e econômicos das grandes potências do mundo.

Assim, é necessária a retomada de alguns fatos históricos importantes que levaram à colocação do debate das drogas como questão internacional, e sua posterior criminalização nos ordenamentos jurídicos dos cinco continentes.

Essa comparação explica o porquê da manutenção até os dias atuais da proibição e tabu sobre o uso de narcóticos e substâncias psicoativas, ainda que já haja a demanda social de descriminalização e consequente regulamentação estatal de venda dessas drogas. É importante ponderar que ainda não há consenso na população brasileira, tampouco em outros países, a respeito da descriminalização de todas as drogas, sendo a *Cannabis* o principal alvo defendido pelos ativistas pró-descriminalização. Será demonstrada que tal posição, ainda que não intencional, corrobora para a manutenção de obstáculos que impedem a evolução legislativa mundial de descriminalização do uso ou comércio legal das drogas ilícitas, já que há a imposição de preconceitos quanto ao uso não medicinal de outras substâncias e

entorpecentes que não seja a “maconha”. O presente artigo prezará então pela demonstração da irracionalidade penal da criminalização do porte de qualquer tipo de droga para uso individual.

Após a elucidação de todo o histórico mundial proibicionista, é possível debater com mais perspicácia os motivos justificadores para a adoção de uma descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. Não se traz a fundo o debate sobre a regulamentação do Estado na venda de drogas para, assim, desbancar o tráfico ilícito de entorpecentes. Tal discussão demanda maior aprofundamento do tema, ficando a presente pesquisa focada no debate da criminalização errônea do usuário em si, que carrega consigo pequena quantidade de entorpecente e é penalizado por sua conduta, que inclusive não lesiona bem jurídico de terceiro, carregando assim o ônus discriminatório que a todos imputa o Direito Penal.

A metodologia utilizada na abordagem do tema é o hipotético-dedutivo com a demonstração lógica dos efeitos de uma política proibicionista e a experiência de fracasso da guerra às drogas, resultando em altos índices de violência e criminalidade nos países da política “tolerância zero”. Além dela, o método fenomenológico é indispensável já que a descrição das experiências mundiais de criminalização do usuário de drogas é analisada no presente trabalho para entender os reflexos do tema no Brasil.

Quanto aos métodos de procedimento, preza-se pelo método histórico, comparativo, tipológico e estruturalista. Histórico porque é explicada a origem da concepção proibicionista mundial ao longo dos anos. Comparativo porque é utilizado a verificação e resultados das políticas públicas implantadas nos diferentes países no “combate às drogas”. Tipológico porque a partir dos dois primeiros métodos, é possível a reflexão de um modelo mais próximo do ideal que atenda a demanda do usuário de drogas com a redefinição de sua posição que não o considere um “criminoso”.

Por fim, utiliza-se também o método estruturalista com a análise da cultura mundial e as relações que o ser humano tem historicamente com substâncias psicoativas ou entorpecentes, concluindo pela estrutura social que vai de encontro aos instintos naturais do homem.

2) DESENVOLVIMENTO

2.1) História mundial da (ir)racionalidade proibicionista

Quando o assunto é a proibição do comércio e uso legal de drogas, é preciso voltar a séculos atrás para melhor compreensão do tema. É comum a menção das últimas três convenções mundiais sobre o tema, quais sejam: a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961); a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971); e por fim a Convenção de Viena (1988). Com a primeira, houve a inauguração da preocupação com a saúde pública e moral da humanidade como justificativas que seriam constantes nas convenções seguintes. Com a segunda, a presença de representantes de grandes empresas farmacêuticas demonstrou a força e influência do lobby dessas indústrias, dividindo as substâncias em categorias que lhe fossem lucrativas. Com a Convenção de Viena, a posse de drogas para consumo pessoal é criminalizada pela primeira vez, após décadas de fracasso nas perseguições ao tráfico ilícito internacional.

No entanto, é necessário voltar ainda mais no tempo para entender a construção social da proibição. Entre os anos de 1839-1842 e 1856-1860, eclodiu a guerra anglo-chinesa, mais conhecida como “Guerra do Ópio”. Disputada entre as nações chinesas e da Grã-Bretanha, a guerra foi incentivada pela nação europeia que queria vender o ópio livremente para o mercado chinês, contra a proibição imposta pelo imperador da nação oriental. Na época, a China era extremamente fechada ao comércio externo, e exportava para a Inglaterra apenas o chá, a seda e outras especiarias que muito interessavam ao país inglês. O ópio era então um dos poucos produtos que interessava os mercadores chineses, já que sua população era tradicionalmente uma grande usuária do narcótico. Ao tentar proibir o uso da droga, o imperador chinês alegava que a população estava perdendo o controle do consumo pessoal e decidiu cortar as relações comerciais com um dos poucos parceiros do Ocidente. Há, porém, outra justificativa para o corte de relação comercial com a Grã-Bretanha, que seria a diminuição do estoque da prata na China, já que era a moeda utilizada na compra do ópio, enriquecendo os bolsos estrangeiros com a evasão da prata chinesa. A China perdeu nas duas guerras que foram travadas, perdendo territórios e assinando os chamados tratados “desiguais” impostos pelo governo inglês, além de ter sido obrigada a abrir os portos ao comércio externo.

O mais conhecido prejuízo dos chineses na guerra, foi a entrega do território de Hong Kong para os ingleses, que ficaria sob domínio desses pelos 155 anos seguintes, sendo somente devolvido para a China recentemente, no ano de 1997.

O objetivo de estudar essa guerra é demonstrar que o proibicionismo desde os seus primórdios está ligado aos interesses econômicos das potências envolvidas no conflito, pouco importando os possíveis efeitos colaterais do uso das substâncias no organismo

humano. Tal constatação não é mais clara do que a posição do ministro das relações de assuntos estrangeiro inglês que liderou as vitórias das guerras do ópio, Lord Palmerston, no qual defende que os ingleses tinham todo o direito de fornecer um produto que o povo chinês queria comprar, pois o Imperador não teria o direito de impedir o chamado “livre comércio” (VALOIS, 2017).

Já em 1898, no outro lado do mundo, eclode a guerra hispano-americana com a participação dos Estados Unidos da América contra o domínio espanhol em Cuba. O desfecho foi a derrota espanhola e a entrega do território das Filipinas para os EUA. Na época, o território colonizado tinha o comércio livre e legal do ópio, mas com a troca da metrópole, o foco dos EUA passa a ser a imposição de medidas de supressão do uso e comércio da droga, pois o costume filipino era contra os interesses missionários da recém-constituída nação independente e também ia de encontro aos interesses comerciais do mesmo, que procurava atrair o comércio de outros produtos para além da droga mais comercializada da época.

Durante esse século, foi descoberta a extração das principais drogas consideradas ilícitas atualmente. No ano de 1817, é extraído pela primeira vez na história um componente químico de uma planta: a morfina. A inovação foi feita pelo médico alemão Friedrich Wilhelm Adam Serturner, que descobriu uma das primeiras químicas possíveis de extração derivada do ópio. Em 1859, é extraída a cocaína da folha da coca pelo químico alemão Albert Niemann, que teve em seu início a aplicação da matéria como tônico para vitalidade e beleza voltada para o público feminino. Ela foi ainda propagada nos meios militares e industriais, sendo considerado “alimento para os nervos” devido seu alto potencial estimulante.

Chegando ao novo século, é realizado o primeiro acordo multilateral para colocar o debate do comércio de drogas como questão internacional: a Conferência de Xangai de 1909. Com 13 nações presentes, houve a oposição ferrenha dos países com histórico cultural do uso do ópio, com a alegação de que a droga era usada de maneira tradicional pela população da região sem causar qualquer efeito deletério. Ademais a Alemanha e outros países europeus estavam utilizando as substâncias em suas pesquisas e descobertas, não havendo muita justificativa que incentivassem uma possível proibição internacional.

Cinco anos depois, surgia “The Harrison Act” nos EUA, sendo conhecida como a primeira legislação federal norte-americana sobre narcóticos, regulando o registro e a distribuição de substâncias, como derivados de ópio e da folha de coca. Desde o século XIX, houve tentativas locais de proibição do ópio nos EUA, que tinham como principais usuários os chineses que foram trabalhar na construção das ferrovias do oeste. Já os americanos o utilizavam em produtos medicinais e na fabricação de vinhos, vendo o uso costumeiro da

droga pelos orientais de maneira xenofóbica. Nos anos 1920-1933 há a famosa proibição nacional do álcool, que resultou no aumento do crime organizado e no mercado clandestino, tendo como exemplo mais famoso a atuação do gângster “El Capone”.

Com o fracasso da proibição da droga mais utilizada pela elite americana na época, o Departamento Federal de Narcóticos, criado em 1930, volta seu foco de combate a outras substâncias que não afetariam tanto o hobby elitista: voltam-se os olhos para a cocaína e heroína. Assim, era mais fácil a manipulação da opinião pública, incentivando a construção de uma mentalidade automaticamente proibicionista.

Aqui é importante fazer um adendo a respeito da chamada “desconexão geopolítica entre Norte e Sul” das leis de drogas pelo mundo. A advogada canadense Paula Malea vai argumentar que, enquanto as substâncias originadas e produzidas nos países do Norte global (tais como tabaco e álcool) foram reguladas ao longo do tempo como substâncias legais, o mesmo não se pode dizer das substâncias orgânicas e culturalmente utilizadas pelos países do Sul (VALOIS, 2017). Assim, o proibicionismo levou a não regulamentação das matérias primas como a coca, papoula e cannabis, que dão origem as drogas ilícitas mais utilizadas pela humanidade nos dias atuais.

É importante entender que houve centenas de reuniões desde a Guerra do Ópio, para discutir e colocar o comércio de drogas como pauta imprescindível no cenário internacional. Importante também é perceber que essa suposta preocupação mundial não teve acompanhamento nem participação da comunidade científica. A preocupação era o enriquecimento das recém-formadas potências do mundo moderno, que incentivavam políticas intransigentes ou mais brandas em conformidade com os interesses de suas balanças comerciais respectivas. Tal política ficou mais evidente com o clima da Guerra Fria a partir dos anos de 1950, na qual as potências estadunidense e soviética declararam o conflito “não armado” e no quais ambas se declaravam “antidrogas”. Com isso, a justificativa de combate ao comunismo de um lado ou contra o capitalismo de outro, se misturava com a guerra às drogas entre os países, utilizando-se de retóricas de salvação mundial com o combate de todos esses “males”. Como exemplo, pode-se citar a Revolução Sandinista dos anos de 1985, na Nicarágua, na qual os revolucionários nacionais travavam combate direto com os “CONTRAS”, grupo este que recebia apoio militar dos EUA sob a justificativa de contenção do comunismo na América Latina. Hoje os estudiosos sobre a questão explicam que os “CONTRAS” usavam do tráfico ilícito de entorpecentes com a venda direta de cocaína para o país americano, arrecadando suporte financeiro com a retórica da disposição de qualquer

sacrífico para combate à ameaça comunista, contando com a supervisão e aprovação norte-americana.

O proibicionismo já estava naturalizado e não se discutia mais o porquê de uma guerra às drogas: a ordem era proibir, com exceção à política de conveniência e oportunidade política das grandes potências mundiais que se formavam. Como dito, não houveram pesquisas científicas que justificassem a necessidade de proibição. Os interesses da comunidade internacional não seguiam uma lógica sanitária preocupada com a saúde global. A corrupção nos níveis governamentais era demonstrada através de concessões de uso e comércio contraditórias e políticas de austeridade de ocasião. Já estava consolidado o tabu de consumo e comercialização de narcóticos.

Junto com essa censura veio toda carga de repulsa psicossocial que relacionasse qualquer pessoa com uso ou comércio de drogas. É o que nos traz a reflexão de Valois (2017, pág. 175): “Com o reconhecimento internacional do tráfico de drogas como crime nasce igualmente o traficante e toda a carga de demonização que o conceito carrega hoje em dia.”.

2.2) Criminalização do usuário de drogas no Brasil e princípio da alteridade

Como mencionado, a Convenção de Viena de 1988 realizada na capital austríaca e liderada pela ONU, reuniu diversos países para discutir o combate ao narcotráfico e seu financiamento. Foi o marco também da transferência punitiva do traficante de drogas ilícitas para o usuário de drogas. Foram anos de perseguição militar e planos contraproducentes que levaram ao fracasso de todos os governos no combate às drogas, e o policiamento universal passa a perseguir então o consumidor final, que utiliza a substância comprada sem lesionar possíveis terceiros envolvidos.

Trazia o dispositivo da mencionada convenção em seu artigo terceiro, número 2:

2 - 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 1971.²

Dentro do ordenamento jurídico interno, a ratificação da Convenção foi promulgada aos 27 de junho de 1991, pelo então presidente do Brasil, Fernando Collor. Como

² Fonte: https://legado.justica.gov.br/sua-protECAo/politicas-sobre-drogas/atuacao-internacional-1/documentos/Convencao_das_Nacoes_Unidas.pdf

explicado, não havia discussão da necessidade ou inutilidade da introdução de tais normas nas plataformas constitucionais dos países-membros da ONU, a submissão dos países signatários era quase unânime, ainda que os resultados dessas Convenções não surtiram efeitos na diminuição da violência, criminalidade e mortes decorrentes da guerra às drogas no geral.

A argumentação feita pelo marquês italiano Cesare Beccaria, já no século XVIII, a respeito da falsa ideia de utilidade do legislador no ato de criar novos delitos e suas respectivas penas, esclarece:

As falsas ideias que os legisladores fizeram da utilidade são uma das fontes mais fecundas de erros e injustiças.

É ter falsas ideias de utilidade ocupar-se mais com inconvenientes gerais; querer comprimir os sentimentos naturais em lugar de procurar excitá-los; impor silêncio à razão e dizer ao pensamento: ‘Sê escravo’.

É ter ainda falsas ideias de utilidade sacrificar mil vantagens reais ao temor de uma desvantagem imaginária ou pouco importante. (BECCARIA, ano, pág 96.).

A mencionada guerra às drogas perseguia inimigos imaginários, e pouco se preocupou com pesquisas que comprovassem os efeitos positivos que essas drogas possivelmente poderiam trazer para a comunidade médica. Nos dias atuais, debate-se sobre a irracionalidade de incentivo indireto que o próprio Estado faz ao trabalho dos traficantes, ao coadunar, de certa maneira, com a perpetuação de um comércio ilegal e violento. Tal posição contraditória é vista quando o governo e o tráfico ilícito possuem o mesmo objetivo, qual seja a guerra às drogas. O traficante deseja a manutenção da proibição dessas substâncias, a fim de que continue cada vez mais a obter lucros maiores e ampliação de números de consumidores-usuários. O Estado então atua indiretamente como braço direito desse esquema criminoso ao adotar uma política de austeridade ao invés de refletir sobre a inteligência de uma regulamentação de drogas e outras substâncias, desbancando o crime organizado e possibilitando uma nova mentalidade e responsabilidade no assunto.

Como exemplo mais recente desses possíveis efeitos benéficos, são os estudos sobre o uso da substância psicoativa MDMA (metilenodioximetanfetamina) no tratamento de estresse pós-traumático, droga essa conhecida pelos jovens da contemporaneidade pelo frequente uso nas chamadas “raves”. O MDMA é o princípio ativo do famoso “ecstasy”, e seu uso no tratamento citado encontram-se nas últimas fases de testes, podendo ser a primeira substância psicodélica a receber licença de remédio nos EUA³, após séculos de superstição sobre o tema. Sobre o assunto:

³ Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/mdma-para-tratamento-de-estresse-pos-traumatico-e-testado-no-brasil.shtml>

“Os testes feitos pela Maps começaram em 2017, em 15 lugares dos EUA, Canadá e Israel. A análise dos resultados deve ser feita até 2021. Caso aprovado, o uso do MDMA poderá ser liberado a partir de 2022. A Maps também realiza testes na Europa, onde está na fase 2 de suas experiências[...].⁴

A derrota na perseguição e suposta aniquilação das redes de tráfico ilícito ao redor do mundo, levou ao entendimento de que o problema deveria ser cortado no ponto de chegada do produto derivado do comércio ilícito. O usuário de drogas, seja aquele considerado problemático ou o não problemático, passou a ser o alvo das operações policiais, em nome da saúde pública. O problema é que esse usuário não era direcionado ao um posto de saúde, mas sim a um posto policial, onde, até os dias atuais, ele é encaminhado ao delegado de polícia e assina um termo de compromisso para comparecer ao Juizado Especial Criminal e receber a punição devida na forma da lei. A criminalização do usuário de drogas no país nos leva a questionar sobre qual é o objetivo dessa política nacional irracional que despense tempo e recursos estatais no processamento do cidadão, e que não surte o efeito esperado, qual seja a eliminação total do vício do indivíduo. Ao contrário, há a estigmatização de uma pessoa que deliberadamente escolhe utilizar essa ou aquela substância que, de alguma maneira, a leva à sensação de euforia ou prazer.

Aqui é importante evidenciar que existem dois tipos de usuários de drogas: aqueles que demandam ajuda de terceiros para melhor controlar o uso da substância devido a um vício mais nocivo, e aquele considerado “não problemático”, que consome a droga e que tem seu vício controlado de maneira mais saudável. Ambos são viciados, e ambos não lesionam bens jurídicos terceiros, atingindo com a sua conduta de uso tão somente a própria saúde.

Não se coaduna no presente trabalho, a retórica utilizada de que, indiretamente, há a lesão de outras pessoas envolvidas no convívio familiar do usuário “problemático”, com o prejuízo da saúde mental dos familiares e desgastes psicológicos e financeiros na relação familiar respectiva. O proibicionismo é tão eficaz na mentalidade universal que, de forma inconsciente, incentiva a perpetuação dessa cognição sem qualquer reflexão das consequências maléficas que tais pensamentos podem trazer para o debate da descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal.

Aqui é possível explorar a relação da Teoria da Dissonância Cognitiva e a perpetuação de argumentos falaciosos como o citado. A dissonância cognitiva é verificada

⁴ Disponível em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/01/21/agencia-dos-eua-facilita-acesso-ao-mdma-para-tratar-estresse-pos-traumatico.htm?cmpid=copiaecola>

quando há uma incoerência entre atitudes ou posturas individuais no ato cognitivo, no qual leva o ser humano a suprir essa dissonância a qualquer custo, ainda que tal supressão seja visivelmente contraditória ou que não esteja de acordo com a verdade. Tal teoria explica, por exemplo, a recém-criada figura do juiz de garantias no Brasil, trazida com a Lei 13.964/2019, que justifica a necessidade da imparcialidade do juiz que acompanha a investigação e ao mesmo tempo julga o réu na final da instrução processual. Sob a perspectiva dessa teoria, a tendência é que esse juiz, durante a fase probatória, venha a fazer uma seletividade inconsciente das provas, buscando aquelas que endossam a sua posição inicial sobre a culpabilidade do réu, sem compromisso com os princípios do devido processo legal no processo penal⁵. Quando são utilizados argumentos que incluem terceiros como possíveis vítimas do delito individual de portar droga para uso pessoal, há a supressão irreflexa da dissonância das seguintes cognições: uso de drogas ilícitas, tabu sobre o consumo de entorpecentes e substâncias psicoativas, proibição e eliminação do vício como únicas medidas possíveis de “salvação” moral da humanidade.

Como a lógica repressiva domina o tema discutido, é extremamente difícil que o ser humano aceite que possivelmente a postura de proibição adotada ao longo dos anos esteja equivocada, mantendo-se retóricas de censura que corroboram com a política de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes para suprir a dissonância da possibilidade benéfica da descriminalização do comércio e uso de drogas. Por isso, nos dias atuais, ainda impera o incentivo punitivista tanto para quem comercializa drogas ilícitas quanto para quem consome as mesmas.

Adentrando assim no sistema penal brasileiro, discute-se o desvio da aplicação do princípio da alteridade (princípio da ofensividade ou também lesividade), que seria a aplicação do Direito Penal apenas sobre as condutas que lesionem bens jurídicos de terceiros, tal qual pondera a diretriz de subsidiariedade que acompanha a citada área do Direito Brasileiro. Ou seja, o sistema penal não deve intervir criminalmente contra alguém que está fazendo uma suposta lesão apenas para o próprio organismo. Para melhor esclarecimento da argumentação, podemos analisar como o enunciado normativo brasileiro criminaliza de forma inconstitucional a conduta do porte de drogas com intuito de uso, trazendo o artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006):

⁵ <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>
<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-dissonancia-cognitiva-o-juiz-das-garantias-e-o-sistema/>

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. (Lei 11.343/2006)

Verifica-se que o legislador pune com penas não privativas de liberdade àquele que adquirir, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Apesar da alegada defesa da saúde pública como o bem jurídico tutelado na Lei de Drogas, o cidadão é encaminhado para órgãos da Justiça Pública, e não para Unidades Básicas de Saúde. Assim, o usuário de drogas, problemático ou não, passará pelo sistema de justiça criminal, com prováveis consequências negativas de carga discriminatória em seu histórico pessoal.

Ademais, ainda que haja a previsão no último parágrafo do citado dispositivo de encaminhamento a estabelecimentos de saúde do suposto “infrator”, o mesmo ainda é tratado como delinquente, e ainda terá que comparecer a uma audiência criminal para aplicação do instituto da transação penal.

2.3) Juizado Especial Criminal e aplicação das medidas (des)penalizadoras

No Brasil, é competente para julgar e processar os crimes de menor potencial ofensivo os Juizados Especiais Criminais. A previsão constitucional trazida pelo artigo 98, inciso I possibilita a aceleração da prestação jurisdicional em relação às essas infrações consideradas mais “leves”, estimulando a solução consensual dos conflitos e a aplicação das chamadas “medidas despenalizadoras”.

Como princípios orientadores dos Juizados, o artigo 2º da Lei 9.099/1995 juntamente com outros princípios constitucionais guia a atuação processual com base na oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Assim, o cotidiano nesse Juízo preza pela conciliação e mediação entre as partes envolvidas, evitando a postergação da resolução pacífica da infração.

Dentre as infrações que estão na competência dos Juizados, está o exposto artigo 28 da Lei de Drogas, que por não prever punição com pena privativa de liberdade e tampouco penas de maior potencial ofensivo, atrai a atribuição do processamento especial. Assim, o usuário de drogas que é flagrado com o porte desta, para consumo, é encaminhado num primeiro momento à delegacia ou até mesmo liberado no momento do flagrante mediante a assinatura de um Termo de Compromisso de Comparecimento para realização posterior de uma audiência. Não é imposta a prisão do flagrado, caso haja a assinatura desse termo, no qual constará o dia da audiência preliminar a ser realizada para imposição da medida penal correspondente dentre as previstas na Lei 11.343/2006.

Pela lógica do bem jurídico amparado pelo dispositivo, o usuário, problemático ou não, deveria ser encaminhado apenas para um posto de Saúde onde seria advertido e instruído sobre os malefícios ou benefícios do uso casual ou constante daquela determinada droga. Tal política reduziria o engessamento de infinitos processos que chegam aos Juizados Especiais para a aplicação de uma advertência ou imposição de comparecimento obrigatório a medidas educativas, sem tampouco surtir o efeito esperado pelo ordenamento legal e impondo ainda uma carga negativa nos registros criminais do conduzido. Ademais, iria a encontro do objetivo previsto na lei: tutela da saúde dos brasileiros.

Ao chegar o dia da realização da audiência preliminar será aplicada ao mesmo uma advertência verbal de reprimenda ao uso de drogas ilícitas, a imposição de prestação de serviços à comunidade ou o comparecimento à programa ou curso educativo. Num primeiro momento, a impressão é de que houve a despenalização da infração em comento, já que não há a aplicação das tradicionais penas do sistema penal, como a privação de liberdade ou restrição de direitos. Sobre esse ponto de vista, expôs o professor Luiz Flávio Gomes:

A posse de droga para consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime", mas não perdeu seu conteúdo de infração (de ilícito). A conduta descrita no antigo art. 16 e, agora, no atual art. 28 continua sendo ilícita, mas, como veremos, cuida-se de uma ilicitude inteiramente peculiar. Houve descriminalização "formal", ou seja, a infração já não pode ser considerada "crime" (do ponto de vista formal), mas não aconteceu concomitantemente a legalização da droga. De outro lado, paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização "formal" e despenalização (ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas.⁶

A problemática está então nas consequências que essa suposta despenalização ainda gera para o indivíduo. Isso porque o encaminhado terá em seu histórico criminal a conduta flagrada, tantas forem às vezes que o mesmo for conduzido pelo fato na vida. Na prática processual, é comum o pré-julgamento do réu a partir das inúmeras condutas enquadradas no artigo da Lei de Drogas, sendo tal fato interpretado por alguns juízes como critério definidor de maus antecedentes. De outra maneira, é dizer que não mais se impõe pena para o usuário e já não há a atribuição de caráter "criminoso" ao ato, mas haverá de outra forma a carga jurídica negativa preconceituosa de "usuário" em sua ficha criminal.

A respeito desses registros no sistema penal como um todo, já nos trazia as reflexões críticas do então filósofo francês Michel Foucault:

Por trás do infrator, a quem o inquérito dos fatos pode atribuir a responsabilidade de um delito, revela-se o caráter delinquente cuja lenta formação transparece na investigação biográfica. A introdução do 'biográfico' é importante na história da penalidade. Porque ele faz existir o 'criminoso' antes do crime e, num raciocínio limite, fora deste. E porque a partir daí uma causalidade psicológica vai acompanhando a determinação jurídica da responsabilidade, confundir-lhe os efeitos. Entramos então no dédalo 'criminológico' de que estamos bem longe de ter saído hoje em dia: qualquer causa que, como determinação, só pode diminuir a responsabilidade, marca o autor da infração com uma criminalidade ainda mais temível e que exige medidas penitenciárias ainda mais estritas. À medida que a biografia do criminoso acompanha na prática penal a análise das circunstâncias, quando se trata de medir o crime, vemos os discursos penal e psiquiátrico confundirem suas fronteiras; e aí, em seu ponto de junção, forma-se aquela noção de indivíduo 'perigoso' que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de uma biografia inteira e estabelecer um veredicto de punição-correção. (FOUCAULT, página 246, 2014).

3) CONCLUSÃO

A descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal no Brasil se faz necessária e urgente. O tema ganhou atenção no país no ano de 2011, quando do

⁶ Fonte: <https://www.migalhas.com.br/depeso/33969/nova-lei-de-drogas-descriminalizacao-da-posse-de-drogas-para-consumo-pessoal>

juízo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187⁷, que julgou procedente o direito de liberdade de expressão presente nas manifestações que ficaram conhecidas como “marcha da maconha”. Foi declarado que as manifestações que pautavam a descriminalização do uso da maconha não estavam afrontando o dispositivo do Código Penal da prática de incitação ao crime (artigo 286 do Decreto-lei nº 2848/1940), em respeito ao direito constitucional de liberdade de expressão. No final do mesmo ano ainda houve o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4274, na qual o Supremo Tribunal Federal afastou a criminalização das manifestações citada, retirando o possível enquadramento da marcha da maconha no dispositivo do artigo 33, §2 da Lei de Drogas⁸.

Ainda no ano de 2011 com o Recurso Extraordinário 635659/SP, o STF reconhece a repercussão geral no tema relativo à descriminalização do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Quatro anos depois, tiveram início as sustentações orais, que seguem até o presente momento em andamento. Tendo como relator o ministro Gilmar Mendes, já votaram os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, além do próprio responsável pela relatoria. O próximo que daria seu voto sobre o tema era o ministro Teori Zavaschi, que faleceu no ano de 2017. Assim, os três ministros que já votaram se posicionaram favoravelmente à descriminalização do dispositivo em comento, estando pendentes de votos ainda os outros oito atuais ministros do plenário. Prestes a fazer 10 anos em andamento sem o encerramento definitivo da pauta⁹, a Corte Suprema transparece a influência político-social que interfere no atraso visível da matéria, através dos diversos adiamentos e retiradas da pauta na agenda do pleno. Com a atual presidência da Corte, qual seja o recém-empossado ministro Luiz Fux, as chances de realocação na pauta ainda são pequenas, dando um sinal para os estudiosos do tema de que a descriminalização do porte de drogas para uso ainda está distante no país.

A guerra às drogas matou milhares de pessoas durante os últimos anos, com maior participação da própria guerra do que óbitos advindos dos efeitos deletérios que um vício problemático pode trazer. A polícia brasileira é extremamente militarizada, herança da ditadura militar dos anos 1964-1985, transformando a guerra aqui no país ainda mais violenta

⁷ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>

⁸ Fonte: <https://www.migalhas.com.br/quentes/145575/stf-afasta-criminalizacao-da-marcha-da-maconha-pela-lei-de-toxicos>

⁹ Andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>

e fatal, com combates frequentes entre os traficantes e a força policial dentro, principalmente, das favelas brasileiras. A mentalidade e as políticas governamentais adotadas são extremamente contraproducentes, com o despendimento de recursos estatais e policiamento que poderiam exercer papéis efetivos em outras áreas de atuação estatal. A polícia automaticamente trabalha com foco na “erradicação total das drogas” e com a visão de inimigo número um a ser combatido. Como já exposto, o Estado Brasileiro influencia favoravelmente nos lucros do traficante de drogas, ao combater o mesmo inimigo da rede internacional do tráfico ilícito de entorpecentes: a descriminalização do uso e comércio de drogas. Aos poucos o governo percebe, tardiamente, essa contradição, e volta sua força legal à perseguição dos pequenos intermediários que passam a noite nas ruas com pequenas quantidades dos narcóticos ou aqueles que realmente são meros usuários e portam consigo a substância desejada.

Como explicado inicialmente também, a visão proibicionista espalhada pelo mundo desde o século XIX consolidou um panorama atual inflexível e rigoroso que atua em diversos países do mundo, e que somente nas últimas décadas abriu espaço para novas pesquisas sobre a utilidade de substâncias psicoativas e entorpecentes. Com poucas exceções, têm-se os países que atuam com o norte da política de redução de danos, sendo a Suíça o exemplo mais conhecido. Mencionada política visa amenizar os efeitos negativos do uso problemático de entorpecentes com o apoio estatal através da concessão de instrumentos ou abrigos de uso coletivo com a devida higienização geral para aplicação da droga pelos usuários. Medidas como essa passam a ser cada vez mais discutidas e incentivadas, inclusive pelos próprios organismos internacionais responsáveis pela saúde internacional, como a World Health Organization (OMS).

O tráfico e as novas variedades de drogas sintetizadas crescem todos os anos, e os usuários problemáticos continuam sem o amparo dos órgãos da saúde, sendo os principais alvos atuais da remanescente guerra às drogas. Para além da estigmatização que carregam quanto ao uso, ainda enfrentam o poder judiciário quanto da aplicação da transação penal ofertada nos Juizados Especiais Criminais.

O espaço para financiamentos em pesquisas científicas voltadas para a exploração do uso médico das drogas consideradas ilícitas, devem ser colocadas em debate o quanto antes, e a perseguição contraproducente, principalmente, aos usuários que carregam consigo pequena quantidade de droga para consumo próprio devem acabar.

Para isso, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal enfrente e estimule a importância da recolocação da pauta do RE 635659/SP já citado, para decidir em definitivo a respeito da descriminalização ou não do porte de drogas para uso pessoal.

A quantidade de processos produzidos nos Juizados Especiais Criminais lotam as respectivas Secretarias Judiciais com a demanda de efetivo pessoal e instrumental para lidar com a aplicação de meras advertências sem eficácia orgânico-social. O Poder Judiciário gasta papel, energia, pessoal, tempo processual, intimações desnecessárias, lotação colapsada das pautas dos respectivos juízes e também a indesejada prescrição penal. Os servidores públicos tampouco são preparados para lidar com usuários problemáticos que por vezes pedem socorro na própria audiência preliminar de oferecimento da transação penal. Os Tribunais de Justiça não deveriam ser vistos como vetores de concretização do “combate às drogas”, ocupando de forma inefetiva sua infraestrutura processual com a distribuição de processos simples.

É mister que os órgãos estatais, em especial o Ministério da Saúde, comecem a incentivar medidas e políticas públicas de redução de danos que deem apoio ao governo para adotar, em um futuro próximo, políticas de apoio psicossocial efetivas e não invasivas, respeitando a condição do usuário problemático. É preciso que haja uma abertura para a reprodução da evolução internacional, com o aproveitamento de políticas públicas de sucesso já adotadas em outros países e utilização racional de exemplos mundiais que zelam pela saúde dos seus nacionais. Assim, o orçamento da União deve facilitar e priorizar a concessão de materiais e recursos gerais para as Unidades Básicas de Saúde que hoje trabalham no atendimento específico de usuários de drogas problemáticos, quebrando a barreira preconceituosa que cobre o assunto e facilitando o presente debate da transferência do errôneo ônus judicial para os devidos órgãos de saúde pública.

Já o Ministério da Educação deve formar um projeto pedagógico de ensino nacional e padronizado, com o esclarecimento do uso de substâncias entorpecente na atualidade, de forma não censurada, e tampouco alusiva. Deve haver a criação de um projeto educacional que não ensine sobre o tema com tabus e mais proibições, visto que não surtem efeito algum para a postura dos jovens adolescentes do país. Como exemplo dessa ineficácia, foi a criação do PROERD¹⁰, em 1983, inicialmente na cidade de Los Angeles. O “Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência” tem como base a censura do uso de qualquer substância ilícita, focando nos jovens de cada país. Aqui no Brasil, o programa é

¹⁰ Disponível em: <http://www.proerd.go.gov.br/>

visto de maneira caricaturesca, pois que proíbe o uso de drogas sem qualquer explicação mais aprofundada sobre o uso não problemático que dele pode advir.

Por fim, observa-se que é possível amenizar os prejuízos legais e sociais causados cotidianamente com o encaminhamento de usuários de drogas ao sistema penal. Através da união de esforços dos diversos níveis governamentais, é preciso o apoio do Congresso Nacional para incentivos e aberturas mais flexíveis do debate de descriminalização. Descriminalização ao menos do porte de drogas, num primeiro momento, e da própria produção e comercialização das atuais substâncias ilícitas, pelo governo, em um futuro desejado.

Com isso, a sociedade brasileira abrirá espaço para mais uma evolução legislativa do seu ordenamento jurídico, adotando uma postura que vai ao encontro dos principais dispositivos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana, tais como a não discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4) REFERÊNCIAS

ANTÓN, Jacinto. **Três anfetaminas e vamos invadir a Polônia**. El país, Madri, 21 de outubro de 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/19/cultura/1476893456_560700.html. Acesso em 20 de junho de 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 01 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Art. Acesso em 01 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

IBCCRIM. **AS DROGAS E OS LABIRINTOS DO STF**: editorial de apresentação. Publicado em 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/89/946>. Acesso em 01 de agosto de 2020.

FREITAS, D. e NASCIMENTO, S. **Brasil testa cannabis contra estresse em profissionais que combatem Covid-19**. CNN, São Paulo, 08 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/07/08/brasil-testa-cannabis-no-combate-ao-estresse-em-profissionais-de-saude>. Acesso em 20 de junho de 2020.

KARAM, Maria Lucia. **PROIBIÇÃO ÀS DROGAS E VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf

MORAES, Fernando Tadeu. **MDMA para tratamento de estresse pós-traumático é testado no Brasil**. Folha de S.Paulo, São Paulo, 23 de jun. de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/mdma-para-tratamento-de-estresse-pos-traumatico-e-testado-no-brasil.shtml>. Acesso em: 01 de agosto de 2020.

MORGANS, Julian. **Uma Breve História da Metanfetamina**. Vice, 28 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/pgexx9/uma-breve-historia-da-metanfetamina. Acesso em: 20 de junho de 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.