

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS**

AMANDA GODOY COTTAS

**A SELETIVIDADE PENAL QUANTO À PRISÃO POR CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS:
Contraponto com Direitos Fundamentais**

Uberlândia/MG

2022

AMANDA GODOY COTTAS

**A SELETIVIDADE PENAL QUANTO À PRISÃO POR CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS:**

Contraponto com Direitos Fundamentais

Trabalho de Conclusão de Curso ou
Dissertação ou Tese apresentado à Faculdade
de Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Karlos Alves Barbosa

Uberlândia/MG

2022

SUMÁRIO

Resumo	6
Abstract	6
Introdução	7
1. Direitos Fundamentais e o Combate às Drogas	8
2. A Atual Lei de Drogas e a Seletividade Penal	10
3. O Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	12
3.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes	13
3.2. Voto do Ministro Edson Fachin	14
3.3. Voto do Ministro Roberto Barroso	15
4. Abordando Políticas Alternativas	17
5. Considerações Finais	18
Referências Bibliográficas	19

Resumo

Utilizado como Trabalho de Conclusão de Curso na Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, este artigo tem por intuito problematizar institutos da atual Lei de Drogas (Lei N. 11.343/2006), principalmente no que concerne à seletividade penal na atual política criminal. Para tanto, pretende-se analisar, por meio da análise bibliográfica e confronto de dados coletados no Departamento Penitenciário Nacional, se a elaboração e aplicação da Lei de Drogas pauta-se na observância dos princípios penais e constitucionais e, ademais, se o instituto serve de alguma forma à seletividade penal. Além disso, pretende-se analisar a possibilidade de elaborar e executar políticas públicas alternativas ao recurso estritamente penal. Finalmente, há que se analisar a posição atual do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema para determinar se estariam ou não pautadas nos princípios constitucionais, refletindo a observância de direitos e garantias fundamentais. Em última análise, será possível apresentar sugestões de adequação da legislação atual de drogas aos princípios penais constitucionais.

Palavras-chave: Seletividade Penal; Política Criminal de Drogas; Direitos Fundamentais.

Abstract

Used as a Course Completion Paper in the Law Graduation at the Federal University of Uberlândia, this article aims to problematize institutes of the current Drug Law (11.343/2006), mainly with regard to criminal selectivity in current criminal policy. Therefore, it is intended to analyze, through bibliographical analysis and comparison of data collected in the National Penitentiary Department, if the elaboration and application of the Drug Law is based on the observance of criminal and constitutional principles and if the institute serves in some way to penal selectivity. Furthermore, it intends to analyze the possibility of elaborating and executing alternative public policies to the strictly criminal resource. Finally, it is necessary to analyze the current position of the Supreme Court on the subject to determine whether or not they would be based on constitutional principles, reflecting the observance of fundamental rights. Ultimately, it will be possible to present suggestions for adapting the current drug legislation to constitutional criminal principles.

Keywords: Criminal selectivity; Criminal Drug Policy; Fundamental rights.

Introdução

Diante da perspectiva constitucional do Direito Penal, é pertinente verificar se o sistema penal brasileiro funciona em conformidade com os princípios penais e processuais penais, principalmente no que concerne às garantias de direitos ao investigado, ao réu e ao condenado por tráfico de drogas. Em específico, a análise se torna relevante quando voltada a verificar se as políticas públicas para controle social, a partir de sanções penais, cumprem os mandados de respeito às garantias alcançadas pelo sistema penal.

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, estabelece que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Nessa perspectiva, a Lei Suprema direciona ao legislador ordinário tratamento jurídico severo a crimes equiparados ou assemelhados a hediondos, como o tráfico de drogas. Trata-se de mandado constitucional de criminalização explícito, concretizado pela promulgação da Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas, apresentando novidades ensejadoras de debates. A lei em questão rompeu o paradigma sobre a compreensão e tratamento da problemática relacionada às drogas, conjugando vieses preventivos, em relação ao uso indevido, e repressivos, no tocante ao tráfico, constituindo-se a partir de política criminal bifronte. Entretanto, embora institua sanções menos excludentes em relação ao porte de drogas para consumo pessoal, a atual Lei de Drogas contribui para a repressão e combate ao tráfico de drogas.

Ademais, cabe analisar a real dimensão das respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, vez que consolida diretrizes de criminalização do comércio de entorpecentes e variáveis, além do aumento substancial das penas e restrição das hipóteses de incidência dos substitutos penais. Assim como no restante da América Latina, a política contra as drogas no Brasil segue os passos da guerra contra as drogas, a partir da qual os governos pretendem livrar a sociedade da mazela das drogas por meio de medidas essencialmente repressivas. Após décadas de experiência, os resultados empiricamente coletados permitem averiguar que essa política fracassou de forma retumbante e, ainda assim, conta com fiéis seguidores que permanecem propondo iguais soluções para um mesmo problema persistente.

No que se refere ao porte para consumo pessoal, o processo de criminalização atual mantém o sistema proibicionista, estruturado a partir da reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas educacionais. Embora formalizada a impossibilidade de aplicar penas carcerárias aos sujeitos usuários de drogas, a partir da consolidação da inclusão do porte para uso pessoal na categoria de delitos de menor potencial ofensivo, os mecanismos penais de controle são conservados em razão do efeito moralizador e normalizador, que

obstrui a implementação de políticas públicas verdadeiramente frutíferas para enfrentar a problemática.

Nesse sentido, surge a hipótese de que o sistema penal brasileiro se posiciona de forma distante quanto aos avanços formais em vias de reconhecer princípios penais e processuais penais que incidem na produção legislativa, na própria aplicação da legislação penal e processual penal concernente. Isso porque a cultura jurídica que se apresenta no Brasil é ainda fortemente influenciada pela ideia de defesa social, verdadeiramente apartada do garantismo penal incidente no contexto de um Estado Democrático de Direito.

A partir da consolidação da presente pesquisa, pretende-se, de alguma forma, contribuir para o debate quanto a políticas públicas concernentes ao sistema penal, avaliando se as políticas públicas de controle social, aplicadas a partir das sanções penais, fazem jus às pautas de respeito aos direitos e garantias fundamentais daqueles que são alcançados pelo sistema penal, no que se refere ao crime de tráfico de drogas, sob a perspectiva do encarceramento exacerbado.

1. Direitos Fundamentais e o Combate às Drogas

Analisado com cautela, o Direito Penal, segundo Bittencourt (2012, p. 68), mostra-se concebido de duas formas: a partir de uma perspectiva autoritária, quando voltado a perseguir inimigos, ou numa roupagem democrática, quando voltado ao controle social legitimado pelo consenso. Logo, se inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, conforme corroborado pela Constituição Federal de 1988, deve o Direito Penal servir à coletividade a partir da proteção de bens jurídicos relevantes e fundamentais, estabelecendo-se a partir do respeito às garantias e direitos fundamentais.

Ao visualizar os direitos fundamentais, Sarlet (2017, p. 46) evidencia a existência de direitos de primeira dimensão, como os direitos à igualdade, liberdade e vida, reconhecidos já nas primeiras constituições escritas. No que concerne às características de tais direitos, Martins (2019, p. 817) aborda as mais relevantes à presente discussão: em inicial análise, nos direitos de primeira dimensão, o Estado possui o dever de não interferir na liberdade do indivíduo, representando um direito de cunho negativo, vez que dirigido à abstenção dos poderes públicos, constituindo verdadeiro direito de resistência do indivíduo perante o Estado; já em segunda perspectiva, restaria ao Estado o dever secundário de fazer, de cunho positivo, ao garantir a todos o acesso aos direitos abordados na Constituição. Dessa forma, surge o dever do legislador de se abster quanto à tipificação de condutas que atentem contra direitos fundamentais.

Em relação à posição do Direito Penal sobre a temática das drogas, são elencadas pela doutrina diversas ofensas a princípios constitucionais, quais sejam: a isonomia, a liberdade, a intimidade e a autonomia do indivíduo. Por isonomia, entende-se o tratamento igualitário a ser dispensado a todos os indivíduos que se encontrem em posições similares, vedando diferenciações arbitrárias e discriminações absurdas. No Brasil, pode-se identificar uma tendência à arbitrariedade no momento da diferenciação entre o que se entende por drogas lícitas e ilícitas, realizada tão somente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, a partir da Portaria N. 344/1998. Faltaria, nesse aspecto, um olhar multidisciplinar para definir a ilicitude em âmbito das substâncias consideradas como drogas.

Ao longo da história brasileira, existiram diversas tentativas de classificar as drogas. Em meados do século XX, difundiu-se a divisão das drogas em dois grupos: as fatalmente viciantes e as que apenas criariam hábito. No primeiro rol, constariam ópio, cocaína e maconha, enquanto no segundo constariam substâncias consideradas inofensivas, como álcool, tabaco, café e soníferos. ESCOHOTADO (1997, p. 36) comenta que, já no final do último século, curiosamente, as substâncias inofensivas, que constituem hábitos socialmente difundidos, seriam as causadoras do maior número de mortes e dependências graves.

Nessa conjuntura, o Estado também se imiscui na esfera privada e na autonomia individual. É válido conceber, a princípio, que o uso das drogas hoje consideradas ilícitas geraria tão somente risco de autolesão. É o que ocorre na simples utilização de drogas ilícitas para uso pessoal, em contextos de consumo que não envolvam qualquer perigo concreto para terceiros, não afetando qualquer bem jurídico alheio e, em razão disso, não justificando a atenção dada pelo Direito Penal a essa temática.

Em âmbito democrático, portanto, não caberia ao Estado o poder de impor qualquer restrição à liberdade do indivíduo inserido nesse contexto, vez que não afetados concreta e diretamente direitos de terceiros. Corrobora esse pensamento a máxima de que não encontra razão lógica concreta o fato de o abuso de drogas ilícitas ser tratado de maneira diferente do abuso de drogas lícitas, quando, na realidade, para ambas as condutas só se deveria avaliar se haveria dano concreto, direto e imediato a terceiros – só nestas condições é que se justificaria atuação do Estado. Logo, faltaria à conduta de usar drogas, puramente individual, a lesividade capaz de legitimar a intervenção de caráter penal.

2. A Atual Lei de Drogas e a Seletividade Penal

O primeiro projeto apresentado pelo Poder Legislativo, na tentativa de trazer um projeto modernizador para a Nova Lei de Drogas, foi apresentado em 2002. A proposta seria de uma abordagem menos punitiva e mais preventiva, focada na saúde dos usuários de drogas, com extinção da pena de prisão ao usuário e manutenção da pena mínima de tráfico em três anos. Esse foi ao menos o intuito inicial do legislador.

Vale ressaltar que, nesse contexto, a Lei n. 11.343/06 manteve a criminalização dos usuários de drogas em seu artigo 28, pois estaria o usuário sujeito à advertência verbal, prestação de serviço à comunidade, medida socioeducativa de comparecimento a programas ou cursos educativos, além de multa. Esclarece-se, portanto, a mudança ocorrida: foi eliminada a pena de prisão para o porte de drogas, não havendo, porém, descriminalização, pois a posse de drogas para uso pessoal continua sendo crime no Brasil. Ademais, no que tange ao tráfico de drogas, a pena mínima foi aumentada para cinco anos ao fim da tramitação da lei, a fim de impossibilitar eventual conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, já que, para tanto, o requisito básico é de que a pena de prisão não exceda o limite de quatro anos.

A partir de então, passou a coexistir a diminuição de penas para os usuários e o recrudescimento penal para os indivíduos tidos por traficantes, viabilizando a aceitabilidade política e social da nova lei de drogas brasileira. Emergiu o diploma legal, por sua vez, segundo Figueiredo e Quadros (p. 6), contando com ambas dimensões que o tornaram viável: por ser fruto de um contexto sociopolítico que endossa o plano proibicionista e repressivo, diretamente influenciado pelo contexto global de combate às drogas, desde as convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) à guerra às drogas propriamente ditas; e, finalmente, por pretender adotar caráter preventivo em relação ao consumo, a fim de reduzir os danos do consumo de drogas ilícitas.

Defendemos, entretanto, que os avanços pretendidos com a inserção referencial da prevenção na lei foram, em suma, discursivos. Nesse sentido, surge uma lei de drogas que se pretendeu inovadora, porém sempre esteve pautada pela lógica clássica da política criminal brasileira: a coexistência entre a sensação de moderação e a efetiva severidade na punição. Basicamente, tornou-se aceitável diminuir a punição ao indivíduo usuário de drogas, ao mesmo tempo em que se aumentou o tempo de pena de prisão ao indivíduo que comercializa drogas.

Quanto ao debate sobre as principais implicações da atual Lei de Drogas no sistema de justiça criminal, é importante tratar sobre a intensificação do encarceramento por drogas no Brasil. No ano de 2005, o Brasil tinha 32.880 homens e mulheres presos por tráfico de drogas, representando 13% do total de 254.601 presos no país¹. Já em 2022, 197.649 homens e mulheres estão presos por tráfico de drogas, representando mais de 23% do total de 837.443 indivíduos que compõem o sistema carcerário brasileiro². A leitura dos dados permite evidenciar que, a partir de 2005, ocorreu o aumento, tanto do número absoluto, quanto do percentual de mulheres e homens presos por comércio de drogas no país. A primeira conclusão defensável, apesar de qualquer possível ressalva quanto aos dados, é a de que uma das principais consequências da atual Lei de Drogas foi o crescimento da população carcerária brasileira.

Nos atuais estudos sobre a Lei de Drogas no Brasil, levanta-se a hipótese de que o aumento do número de encarcerados por tráfico de drogas decorre da falta de critérios objetivos para distinguir usuários de traficantes, o que acentuaria, de certo modo, a prisão dos usuários. Tal afirmativa se baseia, principalmente, na observação de dados nacionais, a partir da quantidade de criminalizações ocorridas em determinadas capitais brasileiras, como Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo. De todo modo, o ápice da presente análise é compreender que, embora a Lei de Drogas não tenha elencado critérios objetivos para distinguir usuários de traficantes, a sua institucionalização acabou por possibilitar a emergência de práticas de distinção próprias aos atores do sistema de justiça criminal. Tais atores, no silêncio da lei, mostram-se muito capazes de distinguir os indivíduos a serem criminalizados por tráfico de drogas: a população mais vulnerável socioeconomicamente no Brasil, indivíduos estes que se veem suscetíveis ao controle de sua liberdade no espaço público nacional.

O que se observa, na prática, é que a definição de usuários de drogas, por ser ambígua, permite que pessoas que portem pequenas quantidades de drogas sejam incriminadas como traficantes, não recebendo o tratamento dispensado pela lei aos usuários. Além da falta de critério objetivo sobre a quantidade de drogas portada, capaz de diferenciar usuários de traficantes, o próprio enunciado da atual Lei de Drogas, em seu artigo 28, §2º, transforma o usuário em possível traficante:

¹ Dados extraídos do relatório do Depen/Ministério da Justiça (2014).

² Dados extraídos do relatório do Depen/Ministério da Justiça (2022).

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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** (*grifo nosso*).

Nesse sentido, a definição de usuário de drogas, com base na interpretação da lei, elimina o direito individual ao uso de drogas. Isso porque o juiz, ao atender aos critérios para considerar o réu como usuário, tem a sua percepção modulada pela concepção do que não seria um usuário: aquele que, potencialmente, pode se tornar um traficante. Por consequência, para além de provar que a droga seria para consumo próprio, deve-se verificar o local e as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como a sua conduta e antecedentes.

Logo, embora a Lei de Drogas tenha retirado a possibilidade de aplicar penas privativas de liberdade aos usuários de drogas, fato comemorado como avanço legislativo na temática, na prática, o usuário pode ser definido como traficante por falta de referenciais claros que o amparem. Se partirmos da premissa de que não seja penalizado o usuário, vez que não caberia ao Estado imiscuir-se na esfera privada do indivíduo, a atual Lei de Drogas não chegou nem perto de melhorar a situação do usuário de drogas – pelo menos, não de todos. Pelo contrário, acreditamos que o dispositivo legal acabou por intensificar a problemática, no contexto de desigualdade social brasileira, pois os estigmas da origem social do indivíduo influem na percepção e determinação de quem seria ou não um comerciante de drogas passível de criminalização.

Chamado a decidir sobre o tema, em caso de repercussão geral que envolve o consumo de três gramas de maconha, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, até o momento, pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, sob fundamentos interessantes que passaremos a analisar.

3. O Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, teve por objetivo questionar a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, a Lei de Drogas. No caso concreto em questão, o cidadão

Francisco Benedito de Souza, flagrado com três gramas de maconha em invólucro no interior de um marmiteix no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, foi condenado a dois meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade.

Quando da interposição de recurso, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alegou ser o porte de drogas para consumo pessoal inofensivo à comunidade, pois não geraria qualquer lesão a bem jurídico alheio, destacando não haver prejuízo à saúde pública. Ademais, a Defensoria Pública alegou que incriminar o réu ofenderia suas garantias fundamentais, já que haveria violação à intimidade e à liberdade individual. Já o Ministério Público do Estado de São Paulo, em sede de contrarrazões, firmou argumentação na ideia de que o tipo penal em questão visa tutelar a saúde pública como bem jurídico, devendo prevalecer o interesse coletivo diante do interesse individual, consagrando a supremacia do interesse público.

Inconformada diante da negativa de provimento ao recurso de apelação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário, insistindo na alegação de que criminalizar o porte de drogas para consumo próprio violaria os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Assim, com base nos argumentos expostos, coube ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, analisar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. O Recurso Extraordinário teve por relator o ministro Gilmar Mendes, o qual votou pela inconstitucionalidade do dispositivo, e por ministros votantes Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, os quais também apontaram pela inconstitucionalidade, porém apontaram ressalvas. Pretendemos, ao desenvolver o presente artigo, analisar tais votos a fim de compreender como o Pretório Excelso lida com o conflito entre princípios constitucionais elencados na discussão proposta pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

3.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes

No desenvolvimento de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aborda a norma impugnada, qual seja, o art. 28 da Lei de Drogas, analisando se as medidas tomadas pelo legislador são, de fato, adequadas à proteção efetiva do bem jurídico fundamental. Ademais, Mendes se propõe a verificar se a decisão do legislador foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento até então disponíveis.

Nesse sentido, a criminalização do porte de drogas não estaria de acordo com os fins buscados pela Lei de Drogas, porque, na prática, embora a posse de drogas para uso pessoal enseje consequências penais mais brandas, a manutenção da previsão da conduta como

infração penal resultaria em crescente estigmatização, neutralizando os objetivos definidos no sistema nacional de políticas públicas sobre drogas em relação a usuários e dependentes. No entendimento do Ministro, essa situação decorre, essencialmente, da falha da própria lei ao deixar de distinguir de forma clara e objetiva os termos “usuários” e “traficantes”, apesar de ter proposto tratamento distinto entre tais agentes. Desse modo, na maioria dos casos, acabariam todos classificados e tratados como traficantes.

Além disso, alega a não existência de estudos que determinem, substancialmente, que a repressão ao consumo de drogas configura instrumento suficiente para combater o tráfico de drogas. Há, em contrapartida, experiências práticas em outros países, os quais adotaram modelos menos rigorosos em relação ao uso pessoal de drogas, e, a partir disso, não foi constatado aumento ou diminuição do número de pessoas que faz uso dessas substâncias.

Assim, conclui que criminalizar a conduta que aponte unicamente ao consumo pessoal de drogas não seria proporcional, já que ausentes dados técnicos e empíricos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que a lei pretende tutelar. Para tanto, é preciso considerar o livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação, ambos afetados pela criminalização da posse de drogas para consumo pessoal, já que a medida prejudica desproporcionalmente o direito à vida privada. Qualquer prejuízo físico e social ao consumidor de drogas, destaca-se, resta adstrito ao usuário, não atingindo bens jurídicos de terceiros.

Finalmente, sustenta o Ministro que a manutenção da criminalização da posse de drogas para uso próprio é inconstitucional, por atingir, de forma desnecessária, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo, inclusive, medida extremamente agressiva à privacidade e à intimidade. Logo, votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, com intuito de afastar do dispositivo qualquer efeito de natureza penal, sem prejuízo da manutenção das medidas de natureza administrativa regularmente previstas, até que haja legislação específica sobre o tema.

3.2. Voto do Ministro Edson Fachin

A princípio, o Ministro Edson Fachin considerou o tema como sendo de caráter “hiper complexo e transdisciplinar”. Salienta-se que Fachin, desde logo, esclareceu limitar o voto ao caso concreto, analisado sob o prisma da constitucionalidade da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face dos direitos fundamentais como a liberdade,

autonomia e privacidade. Portanto, a análise não se pautará quanto a todas as demais drogas ilícitas.

O Ministro, primeiramente, confronta dois argumentos: o primeiro aponta que o consumo de drogas é, por si só, capaz de trazer sérios danos físicos e psíquicos a quem as consome, levando tais indivíduos, inclusive, a praticar outros delitos para sustentar o próprio vício; o segundo, que a criminalização do consumo de drogas afrontaria a liberdade e a autonomia privada, transcendendo os limites da interferência estatal sobre os indivíduos.

Defende o Ministro, ao longo de seu voto, que os grandes malefícios aos cidadãos seriam causados, não pelo uso de drogas propriamente dito, mas das condutas derivadas do consumo de drogas. Tais condutas, porém, já são devidamente previstas em âmbito penal. Assim, o Ministro defende a posição crítica do autor Carlos Santiago Nino, para o qual a criminalização do porte de drogas para consumo próprio representaria imposição de um padrão moral individual que, ao fim, não protege e nem previne que o sujeito se drogue. Evidencia-se, a partir disso, uma falsa sensação de proteção social.

Nesse sentido, a autodeterminação individual corresponderia à esfera de privacidade, intimidade e liberdade já imune à interferência do Estado se não houver lesão a bem jurídico alheio. Portanto, a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana impede que o Direito Penal intervenha com objetivo de introjetar, no âmbito social, valores morais individuais ou imposição de comportamentos que não estejam aptos a causarem lesão a terceiros.

Na sequência, o Ministro aponta que, para delimitar o campo de restrição da autonomia, é preciso observar o princípio da ofensividade, já que somente existindo dano efetivo poderá haver interferência na autonomia individual. Assim, em sendo o Direito Penal elemento de grave restrição na autonomia individual, cumpre sempre avaliar se a intervenção penal é adequadamente posta.

Há que se ressaltar que o dependente constitui o papel de vítima, e não de criminoso. Logo, precisa, a partir da premissa constitucional de acesso à saúde, de tratamento a ser oferecido pelo Estado, e até mesmo pela sociedade, por ser considerado doente. Finalmente, destaca o Ministro a falta de parâmetros objetivos de natureza e quantidade de substâncias para realizar adequada diferenciação entre uso e tráfico. Assim, é urgente o estabelecimento de tais parâmetros objetivos para avaliar a quantidade de droga a fim de caracterizar o tráfico ou o uso de drogas, pois, se não estabelecidos, todos os indivíduos que portarem drogas poderão ser considerados traficantes – principalmente, os de baixa renda que componham minorias em vulnerabilidade social.

A partir do exposto, o Ministro votou pelo provimento parcial do recurso, com o propósito de declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, no que concerne, em específico, à conduta de portar maconha para uso pessoal.

3.3. Voto do Ministro Roberto Barroso

Salienta o Ministro Roberto Barroso que o problema em questão, por ser complexo, não possui solução juridicamente simples, tampouco moralmente barata. Aborda o Ministro que é inequívoco afirmar que o uso de drogas ilícitas é uma mazela que não traria qualquer benefício ao usuário, cabendo ao Estado e à sociedade o dever de desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico. Por outro lado, também é inequívoco afirmar que a guerra às drogas fracassou, vez que, mesmo combatendo o problema há 40 anos, a realidade de consumo é crescente e o tratamento dispensado aos dependentes é inadequado justamente como consequência da criminalização, o que leva ao incremento do poder do tráfico, trazendo elevado custo político, social e econômico.

Entretanto, vale olhar para o problema sob o viés da realidade brasileira. No Brasil, o usuário não é o único problema com o qual é necessário lidar – sequer é o mais grave deles. O maior problema é, verdadeiramente, o poder do tráfico, que resulta diretamente da ilegalidade das drogas. Para resolver essa problemática, portanto, seria necessário focar em três grandes prioridades: a primeira seria a de neutralizar o poder do tráfico por meio do fim da ilegalidade das drogas, regulando a produção e distribuição; a segunda, seria a de impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres, que são a maioria dos pequenos traficantes, presos eminentemente de baixa periculosidade que passam a ser de fato perigosos quando se unem a facções em âmbito prisional; a última prioridade seria o consumidor, que não pode ser tratado como criminoso, mas como alguém que se sujeita a comportamento de risco.

Quanto aos direitos fundamentais violados, o Ministro Barroso destaca a violação ao direito à intimidade e à vida privada, protegidos pelo art. 5^a, X, da Constituição Federal. Isso porque as ações individuais no âmbito da intimidade, no que concerne aos hábitos pessoais, devem permanecer no âmbito de decisão individual e discricionariedade, exceto se por ventura vierem a afetar bem jurídico alheio.

Em seguida, haveria violação à autonomia individual, analisada sob o aspecto da liberdade, cujo núcleo essencial é intangível e, portanto, não pode ser a liberdade totalmente restringida pela lei. Nesse sentido, vige o direito de cada indivíduo de fazer suas escolhas de acordo com seus ideais, como manifestação inerente da autodeterminação.

Teríamos ainda a violação ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, pois só se legitima a restrição a um determinado direito se esta for proporcional. Em âmbito penal, analisa-se, a princípio, a lesividade da conduta para verificar se a conduta em análise extrapola ou não o âmbito individual – cabendo intervenção estatal somente se de fato a conduta extrapolar o âmbito individual; no caso do uso da maconha, para o Ministro Barroso, o bem jurídico lesado seria a própria saúde individual do usuário, não afetando qualquer bem jurídico alheio. Por fim, a um dos grandes problemas estatais surge quando o custo para manutenção da criminalização tem sido gigantesco, a partir dos recursos direcionados à repressão, a qual, por si só, colabora tão somente para a manutenção do poder do tráfico sobre as comunidades mais vulneráveis socioeconomicamente.

Finalmente, o Ministro Barroso clama pelo estabelecimento de critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes, minimizando a discricionariedade judicial a fim de uniformizar a aplicação da lei. Para tanto, Barroso aponta para a quantidade de 25 gramas, buscando apoio do Tribunal, enquanto, pessoalmente, preferiria fixar a quantidade em 40 gramas. De qualquer forma, o que se busca é a presunção de que o indivíduo portador de 25 gramas seria usuário, e não traficante, questão que poderia ser afastada pelo juiz, na análise do caso concreto.

Diante do exposto, declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, quando se tratar especificamente de maconha, em quantidade de até 25 gramas ou seis plantas fêmeas.

4. Abordando Políticas Alternativas

Um dos principais alardes quanto ao problema das drogas consiste na automática associação com questões de violência e criminalidade. Essa concepção é, Paiva e Costa (p. 77), fruto de análises de individualização e minimização de processos verdadeiramente complexos. Nesse sentido, ações e políticas públicas são marcadas pelo forte teor conservador propagado a partir do medo e da ignorância utilizados como estratégia de manutenção de práticas de controle e opressão.

Ao adotarmos o proibicionismo como paradigma, resta legitimada a racionalidade irreal de guerra às drogas, direcionando para esse fim o aparato repressivo estatal, que opera a partir de distinções equivocadas em relação ao usuário e ao traficante. Essa distinção equivocada se deve, em primeiro momento, à falta de critérios objetivos na Lei de Drogas para a tipificação entre usuário e traficante, mas subsiste principalmente por operar em virtude de preceitos classistas, raciais e morais, o que resulta na seletividade penal e criminal. Nessa

conjuntura, o Brasil permanece aprisionando pessoas por meio da política proibicionista e seu caráter repressivo.

Em razão das desigualdades sociais vivenciadas no Brasil, diretamente relacionadas à concentração de renda e à persistência de expressivos indicadores de extermínio e encarceramento, é preciso refletir quanto à opressão que afeta a vida dos diferentes atores sociais. A partir desse cenário, urge a importância, segundo Casara (p. 114), da reafirmação dos direitos humanos, compreendidos como o conjunto de direitos civis, políticos, sociais e econômicos, construídos a partir de duras lutas e reivindicações pela consolidação de valores democráticos e de cidadania na nossa civilização. A concretização desses direitos, nesse sentido, está condicionada a práticas cotidianas de afirmação e legitimação de um projeto político capaz de explicitar as contradições da ordem socioeconômica vigente.

Assim, assegurar políticas públicas efetivas nas áreas de educação, saúde e assistência social, de modo universal, parece-nos o caminho para superar as desigualdades e contradições que resultam no sofrimento de determinados grupos sociais vulneráveis. Além disso, fortalecer ações afirmativas em relação a culturas e grupos sociais não hegemônicos é fundamental para seguir construindo rotas alternativas capazes de minimizar os danos da opressão e do preconceito. Acreditamos que tais práticas, ao consolidarem a defesa dos direitos humanos em perspectiva crítica, orientarão a construção de políticas públicas em relação às drogas mais condizentes com a realidade social tão atravessada por desigualdades históricas que só serão superadas quando evidenciadas e enfrentadas.

5. Considerações Finais

O presente artigo abordou a atual política de drogas do Brasil, demonstrando as principais implicações da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), desde a sua formulação até a efetiva aplicação da lei no sistema de justiça criminal brasileiro, destacando a potencialização do encarceramento por tráfico de drogas após 2006. Buscamos, enfim, destacar aspectos do controle atual do Estado brasileiro quanto à questão das drogas, acabando por desenvolver práticas que demonstram preferência pela pena de prisão no âmbito do sistema de justiça criminal. Logo, observa-se a tendência de rejeitar os aspectos preventivos trazidos no dispositivo legal analisado ao passo em que se privilegia a pena de prisão.

Conforme afirmado, um destacável efeito, indireto ou não, da Lei n. 11.343/2006, foi o aumento do encarceramento pelo comércio de drogas no país, constatado pelos dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional. Assim, se houve o que se pode chamar de inovação no sistema político criminal a partir da atual Lei de Drogas, a partir do

fim da pena de prisão e multa para os usuários de drogas, ela foi cabalmente rejeitada a partir do que se observa no cotidiano das operações relacionadas a drogas. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, deve retomar o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, com a tendência, em maior ou menor medida, pela inconstitucionalidade da tipicidade do porte de drogas para consumo pessoal, trazendo apontamentos interessantes sobre a necessidade de se estabelecer critérios objetivos para diferenciar usuários e traficantes, o que poderá impactar milhares de persecuções penais no país.

Finalmente, acreditamos que o presente artigo, pautado pela análise crítica da realidade, poderá acionar a efetivação dos direitos humanos como real possibilidade de atingir patamares civilizatórios verdadeiramente democráticos, fortalecendo projetos políticos de emancipação política e humana que atinjam a todos e, principalmente, os indivíduos que são alvo do encarceramento exacerbado no país. A partir disso, o Poder Público, juntamente com a sociedade, poderá enfim discutir melhores maneiras de lidar com o problema enquanto questão de saúde pública, e não como ilícito penal, favorecendo a aplicação de abordagens mais favoráveis aos usuários, prevenindo e combatendo as mazelas advindas do enfoque equivocado quanto à questão das drogas no Brasil.

Referências Bibliográficas

BEZERRA, Luiz Gustavo Fagundes. **O Direito penal da guerra às drogas: a necessidade de critérios objetivos que diferenciam o usuário do traficante**. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal: parte especial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 2 v.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm Acesso em: 5 dez. 2022.

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. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 653.659/SP. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/anexo/RE635659EF. Acesso em: 1 dez. 2022.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; ALVAREZ, Marcos César. **Pela metade**: implicações do dispositivo médico-criminal da "nova" lei de drogas na cidade de São Paulo. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP, São Paulo*, v. 29, n. 2, p. 45-74, ago. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 151.

CARLOS, LUÍS. **O direito penal da guerra às drogas**. 2016. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017,

CASARA, Rubens RR. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Editora José Olympio, 2017.

COELHO, Edihermes Marques. Prescrição **Penal como limite ao Poder-Dever Punitivo Estatal**. *Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba*. vol. 03, n°. 60, Curitiba, 2020. p. 339 - 360.

DE CARVALHO, Salo. **Política de guerra às drogas na América Latina**: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. *Crítica Jurídica Nueva Época*, n. 25, p. 261-275, 2006.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. **Política Criminal de Drogas**: o papel da defensoria pública e a seletividade penal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Curitiba*, v. 2, n. 2, p. 193-208, jul. 2016.

ESCOHOTADO, Antonio. **O livro das drogas**: usos, abusos, desafios e preconceitos. São Paulo: Dynamis, 1997. p. 36.

FIGUEIREDO, Daniel José de; QUADROS, Doacir Gonçalves de. **Política criminal de drogas**: afronta a direitos fundamentais e desproporcionalidade sob o argumento de proteção à saúde. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 9, n. 1, p. 57-72, mar. 2021.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de Drogas** comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27-28.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAIVA, Fernando Santana de; COSTA, Pedro Henrique Antunes da. **Desigualdade social, políticas sobre drogas e direitos humanos**: uma reflexão sobre a realidade brasileira. In: VECCHIA, Marcelo dalla et al. *Drogas e direitos humanos: reflexões em tempos de guerra às drogas*. Porto Alegre: Rede Unida, 2017. p. 64-81.

PASSOS, Eduardo Henrique; SOUZA, Tadeu Paula. **Redução de danos e saúde pública**: construções alternativas à política global de "guerra às drogas". *Psicologia & Sociedade*, v. 23, p. 154-162, 2011.

PASTANA, Débora Regina. **Estado punitivo brasileiro**: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civita:-Revista de Ciências Sociais*, v. 13, p. 27-47, 2020.

PASTANA, Débora Regina. **Estado punitivo e encarceramento em massa**: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 77, p. 313, 2009.

PASTANA, Débora Regina. **Estado punitivo e pós-modernidade**: Um estudo metateórico da contemporaneidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 98, p. 25-44, 2012.

PASTANA, Débora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. Unesp, 2009.

PASTANA, Débora Regina; DAVI, Leonardo Mendonça. **Encarceramento em massa no Brasil**: um estudo de caso na cidade mineira de Uberlândia. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: LAEL, 2011. p. 46-47.

SILVA, César Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2016, p.13.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06)**: Pós-Reformas do CPP. Doutrina e Jurisprudência pós-reformas de 2008. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55.

VECCHIA, Marcelo Dalla et al. **Drogas e direitos humanos**: reflexões em tempos de guerra às drogas. Porto Alegre: Rede Unida, 2017.